

普通高等教育"十一五"国家级规划教材

总主编
曾宪义
王利明

21世纪法学系列教材

主编 陈卫东

刑事诉讼法

（第二版）

中国人民大学出版社

普通高等教育"十一五"国家级规划教材

总主编 曾宪义 王利明

21世纪法学系列教材

刑事诉讼法

（第二版）

主 编 陈卫东

撰稿人 （以撰写章节先后为序）
陈卫东 马贵翔 汪建成
王新清 叶 青 姚 莉
李建明 刘计划

中国人民大学出版社
·北京·

图书在版编目（CIP）数据

刑事诉讼法/陈卫东主编. 2版.
北京：中国人民大学出版社，2008
普通高等教育“十一五”国家级规划教材
（21世纪法学系列教材/曾宪义，王利明总主编）
ISBN 978-7-300-09948-4

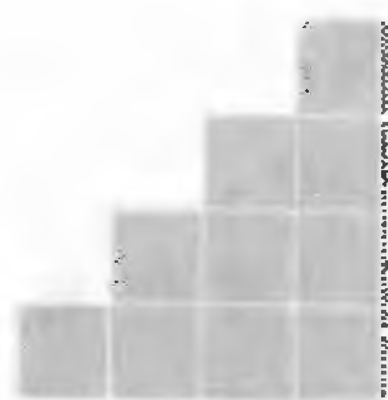
Ⅰ. 刑…
Ⅱ. 陈…
Ⅲ. 刑事诉讼法-中国-高等学校-教材
Ⅳ. D925.2

中国版本图书馆CIP数据核字（2008）第175524号

普通高等教育“十一五”国家级规划教材
21世纪法学系列教材
总主编 曾宪义 王利明
刑事诉讼法（第二版）
主 编 陈卫东

出版发行	中国人民大学出版社		
社 址	北京中关村大街31号	邮政编码	100080
电 话	010－62511242（总编室）		010－62511398（质管部）
	010－82501766（邮购部）		010－62514148（门市部）
	010－62515195（发行公司）		010－62515275（盗版举报）
网 址	http://www.crup.com.cn		
	http://www.ttrnet.com（人大教研网）		
经 销	新华书店		
印 刷	北京密兴印刷厂	版 次	2004年9月第1版
规 格	170 mm×228 mm 16开本		2008年12月第2版
印 张	31.5插页1	印 次	2008年12月第1次印刷
字 数	626 000	定 价	48.00元

编审委员会



总　序



曾宪义

在人类文明与文化的发展中，中华民族曾作出过伟大的贡献，不仅最早开启了世界东方文明的大门，而且对人类法治、法学及法学教育的生成与发展进行了积极的探索与光辉的实践。

在我们祖先生存繁衍的土地上，自从摆脱动物生活、开始用双手去进行创造性的劳动、用人类特有的灵性去思考以后，我们人类在不断改造客观世界、创造辉煌的物质文明的同时，也在不断地探索人类的主观世界，逐渐形成了哲学思想、伦理道德、宗教信仰、风俗习惯等一系列维系道德人心、维持一定社会秩序的精神规范，更创造了博大精深、义理精微的法律制度。应该说，在人类所创造的诸种精神文化成果中，法律制度是一种极为奇特的社会现象。因为作为一项人类的精神成果，法律制度往往集中而突出地反映了人类在认识自身、调节社会、谋求发展的各个重要进程中的思想和行动。法律是现实社会的调节器，是人民权利的保障书，是通过国家的强制力来确认人的不同社会地位的有力杠杆，它来源于现实生活，而且真实地反映现实的要求。因而透过一个国家、一个民族、一个时代的法律制度，我们可以清楚地观察到当时人们关于人、社会、人与人的关系、社会组织以及哲学、宗教等诸多方面的思想与观点。同时，法律是一种具有国家强制力、约束力的社会规范，它以一种最明确的方式，对当时社会成员的言论或行动作出规范与要求，因而也清楚地反映了人类在各个历史发展阶段中对于不同的人所作出的种种具体要求和限制。因此，从法律制度的发展变迁中，同样可以看到人类自身不断发展、不断完善的历史轨迹。人类社会几千年的国家文明发展历史已经无可争辩地证明，法律制度乃是维系社会、调整各种社会关系、保持社会稳定的重要的工具。同时，法律制度的不断完善，也是人类社会文明进步的显著体现。

由于发展路径的不同、文化背景的差异，东方社会与西方世界对于

法律的意义、底蕴的理解、阐释存有很大的差异，但是，在各自的发展过程中，都曾比较注重法律的制定与完善。中国古代虽然被看成是“礼治”的社会、“人治”的世界，被认为是“只有刑，没有法”的时代，但从《法经》到《唐律疏议》、《大清律例》等数十部优秀成文法典的存在，充分说明了成文制定法在中国古代社会中的突出地位，唯这些成文法制所体现出的精神旨趣与现代法律文明有较大不同而已。时至20世纪初叶，随着西风东渐、东西文化交流加快，中国社会开始由古代的、传统的社会体制向近现代文明过渡，建立健全的、符合现代理性精神的法律文明体系方成为现代社会的共识。正因为如此，近代以来的数百年间，在西方、东方各主要国家里，伴随着社会变革的潮起潮落，法律改革运动也一直呈方兴未艾之势。

从历史上看，法律的文明、进步，取决于诸多的社会因素。东西方法律发展的历史均充分证明，推动法律文明进步的动力，是现实的社会生活，是政治、经济和社会文化的变迁；同时，法律内容、法律技术的发展，往往依赖于一大批法律专家以及更多的受过法律教育的社会成员的研究和推动。从这个角度看，法学教育、法学研究的发展，对于法律文明的发展进步，也有着异常重要的意义。正因为如此，法学教育和法学研究在现代国家的国民教育体系和科学研究体系中，开始占有越来越重要的位置。

中国近代意义上的法学教育和法学研究，肇始于19世纪末的晚清时代。清光绪二十一年（公元1895年）开办的天津中西学堂，首次开设法科并招收学生，虽然规模较小，但仍可以视为中国最早的近代法学教育机构（天津中西学堂后改名为北洋大学，又发展为天津大学）。三年后，中国近代著名的思想家、有“维新骄子”之称的梁启超先生即在湖南《湘报》上发表题为《论中国宜讲求法律之学》的文章，用他惯有的富有感染力的激情文字，呼唤国人重视法学，发明法学，讲求法学。梁先生是清代末年一位开风气之先的思想巨子，在他的辉煌的学术生涯中，法学并非其专攻，但他仍以敏锐的眼光，预见到了新世纪中国法学研究和法学教育的发展。数年以后，清廷在内外压力之下，被迫宣布实施“新政”，推动变法修律。以修订法律大臣沈家本为代表的一批有识之士，在近十年的变法修律过程中，在大量翻译西方法学著作，引进西方法律观念，有限度地改造中国传统的法律体制的同时，也开始推动中国早期的法学教育和法学研究。20世纪初，中国最早设立的三所大学——北洋大学、京师大学堂、山西大学堂均设有法科或法律学科目，以期“端正方向，培养通才”。1906年，应修订法律大臣沈家本、伍廷芳等人的奏请，清政府在京师正式设立中国第一所专门的法政教育机构——京师法律学堂。次年，另一所法政学堂——直属清政府学部的京师法政学堂也正式招生。这些大学法科及法律、法政学堂的设立，应该是中国历史上近代意义上的正规专门法学教育的滥觞。

自清末以来，中国的法学教育作为法律事业的一个重要组成部分，随着中国

社会的曲折发展，经历了极不平坦的发展历程。在20世纪的大部分时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争。在外敌入侵、民族危亡的沉重压力之下，中国人民为寻找适合中国国情的发展道路而花费了无穷的心力，付出过沉重的代价。从客观上看，长期的社会骚动和频繁的政治变迁曾给中国的法治与法学带来过极大的消极影响。直至70年代末期，以“文化大革命”宣告结束为标志，中国社会从政治阵痛中清醒过来，开始用理性的目光重新审视中国的过去，规划国家和社会的未来，中国由此进入长期稳定、和平发展的大好时期，以这种大的社会环境为背景，中国的法学教育也获得了前所未有的发展机遇。

从宏观上看，实行改革开放以来，经过二十多年的努力，中国的法学教育事业所取得的成就是辉煌的。首先，经过“解放思想，实事求是”思想解放运动的洗礼，在中国法学界迅速清除了极左思潮及苏联法学模式的一些消极影响，根据本国国情建设社会主义法治国家已经成为国家民族的共识，这为中国法学教育和法学研究的发展奠定了稳固的思想基础。其次，随着法学禁区的不断被打破、法学研究的逐步深入，一个较为完善的法学学科体系已经建立起来。理论法学、部门法学各学科基本形成了比较系统和成熟的理论体系和学术框架，一些随着法学研究逐渐深入而出现的法学子学科、法学边缘学科也渐次成型。1997年，国家教育主管部门和教育部高校法学学科教学指导委员会对原有专业目录进行了又一次大幅度调整，决定自1999年起法学类本科只设一个单一的法学专业，按照一个专业招生，从而使法学学科的布局更加科学和合理。同时，在充分论证的基础上，确定了法学专业本科教学的14门核心课程，加上其他必修、选修课程的配合，由此形成了一个传统与更新并重、能够适应国家和社会发展需要的教学体系。法学硕士和博士研究生及法律硕士专业学位研究生的专业设置、课程教学和培养体系也日臻完善。再次，法学教育的规模迅速扩大，层次日趋齐全，结构日臻合理。目前中国有六百余所普通高等院校设置了法律院系或法律本科专业，在校本科学生和研究生已达二十余万人。除本科生外，在一些全国知名的法律院校，法学硕士研究生、法律硕士专业学位研究生、法学博士研究生已经逐步成为培养的重点。

众所周知，法律的进步、法治的完善，是一项综合性的社会工程。一方面，现实社会关系的发展，国家政治、经济和社会生活的变化，为法律的进步、变迁提供动力，提供社会的土壤。另一方面，法学教育、法学研究的发展，直接推动法律进步的进程。同时，全民法律意识、法律素质的提高，则是实现法治国理想的关键的、决定性的因素。在社会发展、法学教育、法学研究等几个攸关法律进步的重要环节中，法学教育无疑处于核心的、基础的地位。中国法学教育过去二十多年所走过的历程令人激动，所取得的成就也足资我们自豪。随着国家的发展、社会的进步，在21世纪，我们面临着更严峻的挑战和更灿烂的前景。“建设世界一流法学教育”，任重道远。

首先，法律是建立在经济基础之上的上层建筑，以法治为研究对象的法学也

就成为一门实践性很强的学科。社会生活的发展变化，势必要对法学教育、法学研究不断提出新的要求。经过二十多年的奋斗，中国改革开放的前期目标已顺利实现。但随着改革开放的逐步深入，国家和社会的一些深层次问题，比如说社会主义市场经济秩序的真正建立、国有企业制度的改革、政治体制的完善、全民道德价值的重建、环境保护和自然资源的合理利用等等，也已经开始浮现出来。这些复杂问题的解决，无疑最终都会归结到法律制度的完善上来。建立一套完善、合理的法律制度，构建理想的和谐社会，乃一项持久而庞大的社会工程，需要全民族的智慧和努力。其中的基础性工作，如理论的论证、框架的设计、具体规范的拟订、法律实施中的纠偏等等，则有赖于法学研究的不断深入，以及高素质人才特别是法律人才的养成，而培养法律人才的任务，则是法学教育的直接责任。

其次，21 世纪是一个多元化的世纪。20 世纪中叶发生的信息技术革命，正在极大地改变着我们的世界。现代科学技术，特别是计算机网络信息技术的发展，使传统的生活方式、思想观念发生了根本的改变，并由此引发许多人类从未面对过的问题。就法学教育而言，在 21 世纪所要面临的，不仅是教学内容、研究对象的多元化问题，而且还有培养对象、培养目标的多元化、教学方式的多元化等一系列问题，这些问题都需要法学界去思考、去探索。

中国人民大学法学院建立于 1950 年，是新中国诞生后创办的第一所正规高等法学教育机构。在半个多世纪的岁月中，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及丰硕的学术研究成果，在全国法学教育领域处于领先地位，并开始跻身于世界著名法学院之林。据初步统计，中国人民大学法学院已经为国家培养法学专业本科生、硕士生、博士生一万余人，培养各类成人法科学生三十余万人。经过多年的努力，中国人民大学法学院形成了较为明显的学术优势，在现职教师中，既有一批资深望重、在国内外享有盛誉的法学前辈，更有一大批在改革开放后成长起来的优秀中青年法学家。这些老中青法学专家多年来在勤奋研究法学理论的同时，也积极投身于国家的立法、司法实践，对国家法制建设贡献良多。

有鉴于此，中国人民大学法学院与中国人民大学出版社经过研究协商，决定结合中国人民大学法学院的学术优势和中国人民大学出版社的出版力量，出版一套“21 世纪法学系列教材”。自 1998 年开始编写出版本科教材，包括按照教育部所确定的法学专业核心课程和其所颁布印发的《全国高等学校法学专业核心课程基本要求》而编写的 14 门核心课程教材，也包括法学各领域、各新兴学科教材及教学参考书和案例分析在内，到 2000 年 12 月 3 日在人民大会堂大礼堂召开举世瞩目的“21 世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立五十周年庆祝大会”之时，业已出版了 50 本作为 50 周年院庆献礼，到现在总共出版了 80 本。为了进一步适应高等法学教育发展的形势和教学改革的需要，最近中国人民大学法学院与中国人民大学出版社决定将这套教材扩大为四个系列，即：

“本科生用书”、“法学研究生用书”、“法律硕士研究生用书”以及“司法考试用书”，总数将达二百多本。我们设想，本套教材的编写，将更加注意“高水准”与“适用性”的合理结合。首先，本套教材将由中国人民大学法学院具有全国影响的各学科的学术带头人领衔，约请全国高校优秀学者参加，形成学术实力强大的编写阵容。同时，在编写教材时，将注意吸收中国法学研究的最新的学术成果，注意国际学术发展的最新动向，力求使教材内容能够站在21世纪的学术前沿，反映各学科成熟的理论，体现中国法学的水平。其次，本套教材在编写时，将针对新时期学生特点，将思想性、学术性、新颖性、可读性有机结合起来，注意运用典型生动的案例、简明流畅的语言去阐释法律理论与法律制度。

我们期望并且相信，经过组织者、编写者、出版者的共同努力，这套法学教材将以其质量效应、规模效应，力求成为奉献给新世纪的精品教材，我们诚挚地祈望得到方家和广大读者的教正。

2006年7月1日

序 言

法学教育是高等教育的重要组成部分，是建设社会主义法治国家、构建社会主义和谐社会的重要基础，并居于先导性的战略地位。在我国社会转型的新世纪、新阶段，法学教育不仅要为建设高素质的法律职业共同体服务，而且要面向全社会培养大批治理国家、管理社会、发展经济的高层次法律人才。近年来，法学教育取得了长足的进步，法科数量增长很快，教育质量稳步提高，培养层次日渐完善，目前已经形成了涵盖本科生、第二学士学位生、法学硕士研究生、法律硕士研究生、法学博士研究生的完整的法学人才培养体系，接受法科教育已经成为莘莘学子的优先选择之一。随着中国法治事业的迅速发展，我们有理由相信，中国法学教育的事业大有可为，中国法学教育的前途充满光明。

教育的基本功能在于育人，在于塑造德才兼备的高素质人才。法学教育的宗旨并非培养只会机械适用法律的“工匠”，而承载着培养追求正义、知法懂法、忠于法律、廉洁自律的法律人的任务。要完成法学教育的使命，首先必须认真抓好教材建设。我始终认为，教材是实现教育功能的重要工具和媒介，法学教材不仅仅是法学知识传承的载体，而且是规范教学内容、提高教学质量的关键，对法学教育的发展有着不可估量的作用。

第一，法学教材是传授法学基本知识的工具。初学法律，既要有好的老师，又要有好的教材。正如冯友兰先生所言：“学哲学的目的，是使人作为人能够成为人，而不是成为某种人。其他的学习（不是学哲学）是使人能够成为某种人，即有一定职业的人。”一套好的教材，能够高屋建瓴地展示法律的体系，能够准确简明地阐释法律的逻辑，能够深入浅出地叙述法律的精要，能够生动贴切地表达深奥的法理。所以，法学教材是学生学习法律的向导，是学生步入法律殿堂的阶梯。如果在入门之初教材就有偏颇之处，就可能误人子弟，学生日后还要花费大量

时间与精力来修正已经形成的错误观念。

第二，法学教材是传播法律价值理念的载体。好的法学教材不仅要传授法学知识，更要传播法律的精神和法治的理念，例如对公平、正义的追求，尊重权利的观念。本科生、研究生阶段的青年学子，正处在人生观、价值观形成的阶段，一套优秀的法学教材，对于他们价值观的塑造和健全人格的培养具有重要意义。

第三，法学教材是形成职业共同体的主要条件。建设社会主义法治国家，有赖于法律职业共同体的生成。一套好的法学教材，向法律研习者传授共同的知识，这对于培养一个接受共同的价值理念、共同的法律思维、共同的话语体系的法律共同体，具有重要的作用。

第四，法学教材是所有法律研习者的良师益友。没有好的教材，一个好的教师或可弥补教材的欠缺和不足，但对那些没有老师指导的自学者而言，教材就是老师，其重要作用是显而易见的。

长期以来，在我们的评价体系中，教材并没有获得应有的注重，对学术成果的形式优先考虑的往往是专著而非教材。在不少人的观念中，教材与创新、与学术精品甚至与学术无缘。其实，要真正写出一部好的教材，其难度之大、工作之艰辛、影响之深远，绝不低于一部优秀的专著，它甚至可以成为在几百年甚至更长的时间内发挥作用的传世之作。以查士丁尼的《法学阶梯》为例，所谓法学阶梯，即法学入门之义，就是一部教材。但它概括了罗马法的精髓，千百年来，一直是人们研习罗马法最基本的著述。日本著名学者我妻荣说过，大学教授有两大任务：一是写出自己熟悉的专业及学术领域的讲义乃至教科书；二是选择自己最有兴趣、最看重的题目，集中精力进行终生的研究。实际上，这两者是相辅相成的。写出一部好教材，必须要对相关领域形成一个完整的知识体系，还要能以深入浅出的语言将问题讲清楚、讲明白。没有编写教材的基本功，实际上也很难写出优秀的专著。当然，也只有对每一个专题都有一定研究，才能形成对这个学术领域的完整把握。

虽然近几年我国法学教育发展迅速，成绩显著，但是法学教育也面临许多挑战。各个学校的师资队伍和教学质量参差不齐，这就更需要推出更多的结构严谨、内容全面、角度各有侧重、能够适应不同需求的法学教材，为提高法学教学和人才培养质量、保障法学教育健康发展提供前提条件。

长期以来，中国人民大学法学院始终高度重视教材建设。作为新中国成立后建立的第一所正规的法学教育机构，中国人民大学法律系最早开设了社会主义法学教学课堂，编写了第一套社会主义法学讲义，培养了新中国第一批法学本科生和各学科的硕士生、博士生，产生了新中国最早的一批法学家和法律工作者。中国人民大学法律系因此被誉为“新中国法学教育的工作母机”。半个多世纪以来，中国人民大学法学院为社会主义法制建设培养了大批优秀的法律人才，并为法学事业的振兴和繁荣作出了卓越贡献，也因此成为引领中国法学教育的重镇、凝聚

国内法律人才的平台和沟通中外法学交流的窗口，并在世界知名法学院行列中崭露头角。为了对中国法学教育事业作出更大的贡献，我们有义务也有责任出版一套体现我们最新研究成果的法学教材。

承蒙中国人民大学出版社的大力支持，我们组织编写了本套教材，其中包括本科生用书、法律硕士研究生用书、法学研究生用书和司法考试用书四大系列，分别面向不同层次法科教育需求。编写人员以中国人民大学法学院教师为主，反映了中国人民大学法学院整体的研究实力和学术视野。相信本套教材的出版，一定能够为新时期法学教育的繁荣发展发挥应有的作用。

是为序。

2006年7月10日

修订说明

本书第一版系教育部普通高等教育“十五”国家级规划教材，于2004年出版，其注重基础理论的阐发、对法律规定与司法实践进行精准分析并针对性探讨制度改革，由此提升了教材的理论性而受到广泛关注与好评。后本书又入选教育部普通高等教育“十一五”国家级规划教材，并被列入中国人民大学出版社“21世纪法学系列教材”，对此我们深感欣慰。

为了适应教学的需要，根据近年来法律的修改变化和刑事诉讼理论研究的发展，我们对第一版进行了全面修订。除对所有章节进行精心校对与修正外，还对若干章节，如辩护与代理、死刑复核程序、审判监督程序、未成年人刑事案件诉讼程序等，进行了重点修订与完善。如根据2007年10月28日十届全国人大常委会第三十次会议修订通过的《中华人民共和国律师法》，针对新增的对律师依法行使会见权、阅卷权和调查取证权保障的规定，更新了表述；根据最高人民法院统一行使死刑核准权这一重大改革举措而重写了“死刑复核程序”这一章；对侦查程序中人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人实行全程同步录音录像的改革，以及死刑案件二审一律实行开庭审理的改革，在教材中予以反映。此外，每章后还增加了讨论案例，以增强学生实际运用的能力。

本书主编为陈卫东教授，编写者来自中国人民大学、北京大学、中国青年政治学院、复旦大学、华东政法大学、中南财经政法大学、南京师范大学等高等院校，均为长期从事刑事诉讼法学教学和研究的教师。具体撰写分工如下（以撰写章节先后为序）：

陈卫东（中国人民大学法学院教授，博士生导师，中国人民大学诉讼制度与司法改革研究中心主任）：第一章、第二章、第五章、第八章、第十一章；

马贵翔（复旦大学法学院教授，博士生导师）：第三章、第十六章；

汪建成（北京大学法学院教授，博士生导师）：第四章、第九章；

王新清（中国青年政治学院常务副院长，教授，博士生导师）：第六章、第二十四章；

叶青（华东政法大学副校长，教授，博士生导师）：第七章、第十章、第二十章、第二十一章；

姚莉（中南财经政法大学法学院教授，博士生导师）：第十二章、第十三章、第十四章；

李建明（南京师范大学法学院教授，博士生导师）：第十五章、第十七章、第二十二章；

刘计划（中国人民大学法学院副教授，法学博士）：第十八章、第十九章、第二十三章、附录。

编著者

2008年10月

编写说明

本书属于普通高等教育“十五”国家级规划教材，具有以下特色：

1. 体现刑事诉讼法学最新研究成果。刑事诉讼法学的基础理论是刑事诉讼法立法以及司法改革的理论基础。本书对刑事诉讼法基础理论有独到而完整的阐释，旨在培养学生现代刑事诉讼理念，培养学生运用价值分析、经济分析、逻辑分析、历史分析等科学的方法思考、研究刑事诉讼问题的能力，摆脱单纯注释法学的羁绊，有利于学生形成本学科完整的知识体系。

2. 准确反映现行立法意图，对现行刑事诉讼法有精要的解析。对现行刑事诉讼法的立法意图以及法律条文含义的准确理解是学生毕业之后从事法律工作的基本条件。本书对现行刑事诉讼法规定的原则、制度以及程序有精当与准确的解释。

3. 对现行立法的中肯分析与评价。毋庸置疑，现行刑事诉讼法的立法内容受到现行经济、社会条件等的限制，难免有一些缺陷，需要不断克服，刑事诉讼法也需要不断修改与完善。而对现行刑事诉讼法的正确分析与评价，是培养学生未来从事科学研究以及立法实践的重要途径，故本书特别注重这方面内容，对有关问题作了客观而具有前瞻性的阐释。

4. 教材体系新颖，开拓创新。本教材除在内容上有所突破、创新外，还在教材体系安排上有所创新，根据课程的内容安排教材体系，体现出体系安排的合理性与新颖性。

本教材的编写者来自中国人民大学、北京大学、复旦大学、华东政法学院、中南财经政法大学、南京师范大学等高等院校，具体分工如下：

主编：陈卫东

撰稿人（以撰写章节先后为序）：

陈卫东：第一章、第二章、第五章、第八章、第十一章、第十八

章、第十九章和第二十三章

马贵翔：第三章、第十六章

汪建成：第四章、第九章

王新清：第六章、第二十四章

叶　青：第七章、第十章、第二十章、第二十一章

姚　莉：第十二章、第十三章、第十四章

李建明：第十五章、第十七章、第二十二章

编著者

2004年7月

目　录

第一编　刑事诉讼基本理论

第一章

概　述 …… 3

第一节　刑事诉讼与刑事诉讼法 …… 4
第二节　刑事诉讼法学的研究对象和研究方法 …… 7
第三节　刑事诉讼法的制定目的与任务 …… 10

第二章

刑事诉讼法的历史发展 …… 13

第一节　外国刑事诉讼法的历史发展 …… 14
第二节　中国刑事诉讼法的历史发展 …… 24

第三章

刑事诉讼基本范畴 …… 32

第一节　刑事诉讼目的 …… 33
第二节　刑事诉讼价值 …… 38
第三节　刑事诉讼结构 …… 45
第四节　刑事诉讼结构中各主体的诉讼地位 …… 58

第四章

刑事诉讼基本原则 …… 65

第一节　刑事诉讼基本原则概述 …… 67
第二节　我国刑事诉讼基本原则 …… 69
第三节　国际通行的刑事诉讼原则 …… 84

第二编　刑事诉讼制度

第五章

管　辖 …… 95

第一节　管辖的概念、意义与确定立案管辖的根据 …… 96
第二节　立案管辖 …… 97
第三节　审判管辖 …… 100

第六章

回避制度 …… 107

第一节　回避的概念和意义 …… 108
第二节　回避的种类、理由和适用的人员 …… 110
第三节　回避的程序 …… 115

第七章

辩护与代理 …… 119

第一节　辩护制度的概念和意义 …… 120
第二节　辩护人的范围和辩护种类 …… 125
第三节　辩护人的权利和义务 …… 131
第四节　刑事诉讼代理 …… 135

第八章

刑事证据 …… 142

第一节　证据概述 …… 143
第二节　刑事诉讼证据的种类 …… 149
第三节　证据的分类 …… 157
第四节　刑事诉讼证明 …… 161

第五节　证据规则 …… 171

第九章
强制措施 …… 183

第一节　强制措施概述 …… 184
第二节　拘　传 …… 185
第三节　取保候审、监视居住 …… 187
第四节　拘　留 …… 192
第五节　逮　捕 …… 194
第六节　强制措施的改革 …… 198

第十章
期间与送达 …… 205

第一节　期　间 …… 206
第二节　送　达 …… 211

第三编　审前程序

第十一章
刑事审前程序概述 …… 217
第一节　刑事审前程序的形成 …… 218
第二节　我国刑事审前程序的改革 …… 224

第十二章
立　案 …… 232

第一节　立案的概念和意义 …… 233
第二节　立案的材料来源和条件 …… 235
第三节　立案程序和立案监督 …… 239

第十三章

侦　查 ………………………………………………… 245

第一节　侦查基本理论 ………………………………… 246
第二节　侦查行为 ……………………………………… 251
第三节　侦查终结 ……………………………………… 262
第四节　人民检察院对直接受理案件的侦查 ………… 265
第五节　补充侦查 ……………………………………… 267
第六节　侦查监督 ……………………………………… 268

第十四章

起　诉 ………………………………………………… 272

第一节　起诉的一般理论 ……………………………… 273
第二节　审查起诉 ……………………………………… 276
第三节　提起公诉 ……………………………………… 280
第四节　不起诉 ………………………………………… 285
第五节　自　诉 ………………………………………… 288

第四编　审判程序

第十五章

刑事审判程序概述 …………………………………… 295

第一节　刑事审判的概念和任务 ……………………… 296
第二节　刑事审判的模式 ……………………………… 300
第三节　刑事审判的原则 ……………………………… 307
第四节　审级制度 ……………………………………… 316

第十六章

第一审程序 …………………………………………… 321

第一节　第一审一般程序 ……………………………… 322
第二节　第一审特别程序 ……………………………… 334
第三节　判决、裁定与决定 …………………………… 344

第十七章

第二审程序 …… 348

第一节　第二审程序的概念和意义 …… 349
第二节　第二审程序的提起 …… 350
第三节　第二审程序的审判 …… 358

第十八章

死刑复核程序 …… 368

第一节　死刑复核程序的概念和功能 …… 369
第二节　判处死刑立即执行案件的复核程序 …… 371
第三节　判处死刑缓期 2 年执行案件的复核程序 …… 377
第四节　死刑复核程序的改革 …… 377

第十九章

审判监督程序 …… 384

第一节　审判监督程序的概念和特点 …… 385
第二节　审判监督程序的提起 …… 386
第三节　依照审判监督程序对案件的重新审判 …… 393
第四节　审判监督程序的改革 …… 397

第五编　执行程序

第二十章

各种判决、裁定的执行 …… 405
第一节　执行的概念和意义 …… 406
第二节　各种判决、裁定的执行程序 …… 408
第三节　人民检察院对执行的监督 …… 414

第二十一章 执行的变更程序 …… 418

第一节 死刑、死缓执行的变更 …… 419
第二节 监外执行 …… 421
第三节 减刑和假释 …… 426
第四节 对新罪、漏罪和申诉的处理 …… 428

第六编 特别诉讼程序

第二十二章 附带民事诉讼 …… 433

第一节 附带民事诉讼的概念和意义 …… 434
第二节 附带民事诉讼当事人 …… 437
第三节 附带民事诉讼的程序 …… 439

第二十三章 未成年人刑事案件诉讼程序 …… 443

第一节 未成年人刑事案件诉讼程序概述 …… 444
第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则 …… 448
第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点 …… 450

第二十四章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度 …… 456

第一节 涉外刑事诉讼程序概述 …… 457
第二节 涉外刑事诉讼的特有原则 …… 459
第三节 刑事司法协助 …… 463

附录 “刑事诉讼法”课程的主要内容和学习方法 …… 467
推荐书目 …… 471

CONTENTS

Part One Basic Theories of Criminal Justice

Chapter 1

General Introduction ······································ 3

Section 1 Criminal Procedure and Criminal Procedure Law ······························ 4
Section 2 Research Object and Method of the Science of Criminal Procedure Law ··············· 7
Section 3 Purposes and Functions of Criminal Procedure Law ··························· 10

Chapter 2

Historic Development of Criminal Procedure Law ······ 13

Section 1 Historic Development of Foreign Criminal Procedure Law ·················· 14
Section 2 Historic Development of Chinese Criminal Procedure Law ·················· 24

Chapter 3

Basic Concepts of Criminal Procedure ··············· 32

Section 1 Purposes of Criminal Procedure ······ 33
Section 2 Values of Criminal Procedure ········· 38

Section 3 Structure of Criminal Procedure ········· 45
Section 4 Status of the Parties in Criminal Procedure ········· 58

Chapter 4

Fundamental Principles of Criminal Procedure ········· 65

Section 1 General Introduction to Fundamental Principles of Criminal Procedure ········· 67
Section 2 Fundamental Principles of Chinese Criminal Procedure ········· 69
Section 3 Fundamental Principles from the Perspectives of International Standards ········· 84

Part Two Institutions of Criminal Procedure

Chapter 5

Jurisdiction ········· 95

Section 1 Definition and Functions of Jurisdiction, and Standard of Jurisdiction over Case Filing ········· 96
Section 2 Jurisdiction over Case Filing ········· 97
Section 3 Trial Jurisdiction ········· 100

Chapter 6

Disqualification and Withdraw of Judiciaries ········· 107

Section 1 Definition and Functions of Disqualification and Withdraw ········· 108
Section 2 Types, Reasons and Scope of Disqualification and Withdraw ········· 110
Section 3 Procedure of Disqualification and Withdraw ········· 115

Chapter 7

Defence and Representation ········· 119

Section 1 Definition and Functions of Defence Institution ········· 120

Section 2 Scope and Types of Defence Lawyers and Other Defenders ······ 125
Section 3 Defender's Rights and Duties ······ 131
Section 4 Criminal Representation ······ 135

Chapter 8

Criminal Evidence ······ 142

Section 1 General Introduction to Evidence ······ 143
Section 2 Types of Criminal Evidence ······ 149
Section 3 Classification of Evidence ······ 157
Section 4 Criminal Proof ······ 161
Section 5 Rules of Evidence ······ 171

Chapter 9

Coercive Measures ······ 183

Section 1 General Introduction to Coercive Measures ······ 184
Section 2 Compelling the Appearance of the Accused ······ 185
Section 3 Bail and Residential Surveillance ······ 187
Section 4 Provisional Arrest ······ 192
Section 5 Arrest ······ 194
Section 6 Reforms of Coercive Measures ······ 198

Chapter 10

Time Periods and Service ······ 205

Section 1 Time Periods ······ 206
Section 2 Service ······ 211

Part Three Pre-trial Procedure

Chapter 11

General Introduction to Pre-trial Procedure ······ 217

Section 1 Establishment of Pre-trial Procedure ······ 218
Section 2 Reforms of Chinese Pre-trial Procedure ······ 224

Chapter 12

Case Filing ······ 232

Section 1 Definition and Functions of Case Filing ······ 233
Section 2 Standard and Supporting Materials of Case Filing ······ 235
Section 3 Procedure and Supervision of Case Filing ······ 239

Chapter 13

Investigation ······ 245

Section 1 Basic Theory of Investigation ······ 246
Section 2 Investigating Measures ······ 251
Section 3 Conclusion of Investigation ······ 262
Section 4 Investigation of Cases Directly Accepted by the People's Procuratorate ······ 265
Section 5 Supplementary Investigation ······ 267
Section 6 Supervision of Investigation ······ 268

Chapter 14

Procedure of Prosecution ······ 272

Section 1 General Theory of Prosecution ······ 273
Section 2 Examination of Prosecution ······ 276
Section 3 Filing a Charge ······ 280
Section 4 Non-Prosecution ······ 285
Section 5 Private Prosecution ······ 288

Part Four Trial Procedure

Chapter 15

General Introduction to Trial Procedure ······ 295

Section 1 Definition and Functions of Criminal Trial ······ 296
Section 2 Criminal Trial Modes ······ 300
Section 3 Principles of Criminal Trial ······ 307
Section 4 Instance Institutions ······ 316

Chapter 16

Proceedings at First Instance ······ 321

Section 1 Ordinary Procedure at First Instance ······ 322
Section 2 Special Procedure at First Instance ······ 334
Section 3 Judgments, Orders and Decisions of the Court ······ 344

Chapter 17

Procedure of Second Instance ······ 348

Section 1 Definition and Functions of Procedure of Second Instance ······ 349
Section 2 Initiation of Procedure of Second Instance ······ 350
Section 3 Trial at Second Instance ······ 358

Chapter 18

Procedure for Review of Death Sentences ······ 368

Section 1 Definition and Functions of Procedure for Review of Death Sentences ······ 369
Section 2 Procedure for Review of Death Sentences to Be Executed Directly ······ 371
Section 3 Procedure for Review of Death Sentences with Two-year Suspension of Execution ······ 377
Section 4 Reforms of Procedure for Review of Death Sentences ······ 377

Chapter 19

Reopening of Proceedings Concluded by a Final Judgment ······ 384

Section 1 Definition and Features of Reopening of Proceedings ······ 385

Section 2 Initiation of Reopening of Proceedings ··· 386
Section 3 Trial Procedure of Reopening Cases ··· 393
Section 4 Reforms of Reopening of Proceedings ··· 397

Part Five Execution Procedure

Chapter 20

Execution of Judgments and Orders ··· 405

Section 1 Definition and Functions of Execution of Sentence ··· 406
Section 2 Execution Procedure of Judgments and Orders ··· 408
Section 3 Supervision of Execution by the People's Procuratorate ··· 414

Chapter 21

Changes to Execution of Sentence ··· 418

Section 1 Changes to Execution of Death Sentence and Death Sentence with Two-year Suspension of Execution ··· 419
Section 2 Executing Sentence outside Prison ··· 421
Section 3 Commutation and Parole ··· 426
Section 4 Handling New Crimes, Crimes Never Handled before and Complaints ··· 428

Part Six Special Procedures

Chapter 22

Accessory Civil Actions ··· 433

Section 1 Definition and Functions of Accessory Civil Actions ··· 434
Section 2 Parties of Accessory Civil Actions ··· 437
Section 3 Procedure of Accessory Civil Actions ··· 439

Chapter 23

Juvenile Criminale Procedure ··· 443

Section 1 General Introduction to Juvenile Criminale Procedure 444
Section 2 Special Principles of Juvenile Criminale Procedure 448
Section 3 Features of Juvenile Criminale Procedure 450

Chapter 24

Foreign-related Criminal Procedure and Criminal Judicial Assistance 456

Section 1 General Introduction to Foreign-related Criminal Procedure 457
Section 2 Special Principles of Foreign-related Criminal Procedure 459
Section 3 Criminal Judicial Assistance 463

Appendix 467
Recommended Books 471

第一编

刑事诉讼基本理论

第一章 概　述

第一节 刑事诉讼与刑事诉讼法
一、刑事诉讼的概念
二、刑事诉讼法的概念与渊源
三、刑事诉讼法与宪法及有关部门法的关系

第二节 刑事诉讼法学的研究对象和研究方法
一、刑事诉讼法学的研究对象
二、刑事诉讼法学的研究方法

第三节 刑事诉讼法的制定目的与任务
一、刑事诉讼法的制定目的
二、刑事诉讼法的任务

本章概要

刑事诉讼法是国家制定或认可的调整刑事诉讼活动的法律规范的总称，是刑事程序法，是“应用宪法”。刑事诉讼法不仅要使犯罪分子得到刑事制裁，更要保证无罪的人不受刑事追究。刑事诉讼法学研究，应运用社会科学的各种方法，夯实基础理论，把握诉讼实践，立足中国，放眼世界。

关键术语

诉讼　刑事诉讼　刑事诉讼法

第一节　刑事诉讼与刑事诉讼法

一、刑事诉讼的概念

纠纷必须得到解决，社会才能得以存续和发展。运用武力可能是最原始的解决纠纷的方法。然而，运用武力很显然增加了风险。武力的运用经常会导致运用武力升级，除非胜利者彻底地消灭失败者，否则，失败一方在将来某些时候可能卷土重来，所以纠纷的解决永远不会终止。[①] 在法治社会里，人类解决社会纠纷和冲突的合法方式，有和解（通过谈判）、调解、仲裁以及诉讼，等等，其中，诉讼是解决社会纠纷和冲突的最终方式，它以国家强制力为后盾来解决争端。

在西方，诉讼是指法庭处理案件与纠纷的活动或程序。在中国，“诉讼”一词是由“诉”和“讼”两个字组成的。从字义上讲，“诉”为“以言语斥责”，是告的意思，即告诉、控告、告发的意思；“讼”为“言于公”，基本含义是争或争辩，争曲直于官府。诉讼，俗称“打官司”，用现代含义来表述，诉讼是国家公安、司法机关在当事人和其他诉讼参与人的参加下，按照法定程序解决各种案件争讼的专门活动。

诉讼这种解决社会争端的方式并不是伴随人类社会的出现而产生的，只有到了奴隶社会，诉讼这种形式才得以产生。“诉讼的出现根源于阶级社会形成以后统治者的一个主观判断：任何冲突所危及的不仅仅是权益享有者本人，而且同时也危及统治秩序。”“由国家权力而非冲突主体来解决社会冲突，这是诉讼的本质特征所在。”[②] 一个社会会发生多种矛盾、冲突，由于诉讼所解决的案件性质不同，诉讼的内容和形式也有所不同，故而，诉讼又分为刑事诉讼、民事诉讼和行政诉讼。刑事诉讼和民事诉讼在古代就有，行政诉讼则是在近现代出现的。

刑事诉讼作为古老的诉讼形式，是由国家主导以解决被指控者与国家之间产生的刑事纠纷的专门活动。刑事诉讼起源于阶级和国家产生的奴隶社会。那时，“国家自以为是受到损害了”，于是将某些行为规定为犯罪，并“用伴随着立法行为的同一行动直接打击犯人”[③]。刑事诉讼有别于民事诉讼和行政诉讼。刑事诉讼作为诉讼的一种，是为了解决犯罪人的刑事责任而进行的诉讼活动。国家追诉犯

---

① 参见［美］爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽、南希·弗兰克著，陈卫东、徐美君译：《美国刑事法院诉讼程序》，6页，北京，中国人民大学出版社，2001。

② 柴发邦主编：《体制改革与完善诉讼制度》，25页，北京，中国人民公安大学出版社，1991。

③ ［英］梅因著，沈景一译：《古代法》，215页，北京，商务印书馆，1959。

罪的目的是惩罚犯罪行为，通过刑罚实现社会秩序的恢复，但这种追诉活动要受到裁判机构即法院的审查，这样就把追诉犯罪的活动纳入了诉讼的轨道。民事诉讼解决的是平等地位的公民、法人以及其他组织之间的民事权利、义务之争。而行政诉讼则解决行政机关的具体行政行为是否侵犯相对人的合法权益问题。行政诉讼俗称“民告官”，其实质是将政府的行政行为纳入法院司法审查的轨道，从而维护相对人即公民、法人和其他组织的合法权益。行政诉讼是民主政治发展的产物，是近现代国家法治化的成果。

刑事诉讼是国家为了追究犯罪而进行的专门活动，是实现国家职能的表现形式。作为一个初衷在于追究犯罪的过程，刑事诉讼是由一系列的诉讼活动构成的。值得指出的是，完整的刑事诉讼包括侦查机关的侦查活动、检察机关的起诉活动、法院的审判活动，还包括犯罪嫌疑人、被告人自始至终进行的防御活动，其中的当事人特别是犯罪嫌疑人、被告人不是可有可无的，不是可以忽视的存在，而是一方当事人，是刑事诉讼中的积极力量。刑事诉讼过程的展开与进行，必须有当事人的积极参与。现代刑事诉讼理论的一个突出特点即是强调充分尊重当事人的诉讼权利，强调当事人的参与性。为此，在强调刑事诉讼为国家活动的同时，应当充分重视当事人的活动，特别应尊重犯罪嫌疑人、被告人作为诉讼的一方当事人的诉讼主体地位。必须强调，刑事诉讼除包括国家追究犯罪的活动外，还包括犯罪嫌疑人、被告人的辩护活动，而且这些活动的重要性随着人权保障法治化、国际化趋势的加强而越发凸显。因此，对刑事诉讼的认识，应当强调当事人的突出地位，彰显其重要性，而不应仅仅强调国家的追诉活动，这是增强诉讼民主性的要求。

在上述意义上，我们认为，刑事诉讼应理解为国家裁判机构在追诉机构（以及自诉人）的追诉活动与被指控者的防御活动之间实施审查，并展开理性争辩与说服，最终判决刑事案件的活动与过程。

二、刑事诉讼法的概念与渊源

刑事诉讼法是指国家制定或认可的调整刑事诉讼活动的法律规范的总称。它调整的对象是公安机关、检察机关和自诉人为揭露、证实犯罪而实施的追诉活动，被追诉者实施的辩护与防御活动，法院的审查、裁判活动以及其他诉讼参与人参加刑事诉讼的活动。它的内容包括刑事诉讼的基本原则与制度，人民法院、检察机关、公安机关在刑事诉讼中的职权和相互关系，当事人及其他诉讼参与人的权利、义务，以及如何进行刑事诉讼的具体程序等。

刑事诉讼法有狭义和广义之分。狭义的刑事诉讼法指国家立法机关制定的成文的刑事诉讼法典，在我国是指 1979 年 7 月 1 日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1996 年 3 月 17 日第八届全国人民代表大会第四次会议修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》。广义的刑事诉讼法指一切与刑事诉讼有关的法律规范。

刑事诉讼法的渊源是指刑事诉讼法的表现形式，是刑事诉讼法律规范的存在形式或载体。我国刑事诉讼法的法律渊源有以下几种：

1. 宪法。宪法是其他法律、法规赖以产生、存在、发展和变更的基础与前提条件，是一个国家法律制度的基石，是公民权利的保障书，是依法治国的前提和基础。同样，刑事诉讼法的制定和修改，也必须以宪法为根据。我国《刑事诉讼法》第1条明确规定：根据宪法，制定本法。通过制定和修改刑事诉讼法，将宪法中有关刑事诉讼程序的抽象的法律规范变为可操作的、具体的刑事诉讼法的法律条文，使宪法精神得到具体化。《宪法》中规定的如“被告人有权获得辩护”（第125条）等内容，在刑事诉讼法中得到了体现。

2. 刑事诉讼法典。指1979年7月1日五届全国人大二次会议通过的，1996年3月17日八届全国人大四次会议修正的《中华人民共和国刑事诉讼法》。这是我国主要的刑事诉讼法渊源。

3. 有关法律。指全国人大及其常委会制定的法律中有关刑事诉讼的规定，其中，比较重要的有《刑法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《国家赔偿法》、《监狱法》、《律师法》等。

4. 有关法律解释。主要是指1998年1月19日公布的最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》（以下简称《六机关规定》），1998年6月29日公布的最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《高法解释》），1999年1月18日公布的《人民检察院刑事诉讼规则》（以下简称《检察院规则》），1998年4月20日公布的《公安机关办理刑事案件程序规定》（以下简称《公安部规定》）。

5. 有关行政法规、规定。指国务院制定的法规和主管部、局制定的规定中有关刑事诉讼的规定，如国务院制定的《中华人民共和国看守所条例》等。

6. 有关国际条约。我国目前加入的与刑事诉讼有关的国际条约有《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇和处罚公约》、《联合国少年司法最低限度标准规则》（又称《北京规则》），以及我国政府已签署、尚待批准的《公民权利和政治权利国际公约》。当然，依据《高法解释》第317条的规定，“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外”。

三、刑事诉讼法与宪法及有关部门法的关系

如果将法律理解为社会生活的形式，那么作为“形式的法律”的程序法，则是这种形式的形式，它如同桅杆顶尖，对船身最轻微的运动也会作出强烈的摆动。

——【德】拉德布鲁赫

（一）刑事诉讼法与宪法

宪法是一国母法、根本大法；刑事诉讼法是部门法，是基本法律。宪法与刑事诉讼法关系密切：宪法是刑事诉讼法的指导，有的国家将刑事诉讼法的规定上升为宪法的高度。因为宪法规定了公民权利和政治权利，而刑事诉讼法则是政府追诉犯罪的具体法律规范，涉及公民权利和政治权利的限制或剥夺。刑事诉讼法关涉公民的自由等基本权利，与宪法规定的人身自由、财产权利等基本权利的实现有紧密联系。因此，在现代法治国家，刑事诉讼法被称作"宪法的适用法"、"应用宪法"、"国家基本法之测震器"，从而把刑事诉讼中的人权保障提升到宪法的高度。在我国，这方面的研究比较薄弱，对通过刑事诉讼实施宪法这一环节重视不够。应当加强从宪法、宪政的高度来关注刑事诉讼法的完善，关注刑事司法实践。

（二）刑事诉讼法与刑法的关系

刑法规定了犯罪与刑罚的问题；而刑事诉讼法则规定追诉犯罪的程序、追诉机关、审判机关的权力范围、当事人，以及诉讼参与人的诉讼权利和相互的法律关系。

刑法是实体法，刑事诉讼法是程序法。实体法的实现取决于程序法的运行状况，而程序法本身具有独立的品格。刑事诉讼法规范涉及国家权力与个人权利的分配关系，直接关系到公民的自由、财产权利等各项权利的实现程度。伴随着诉讼民主化的发展历程，刑事诉讼程序发生的变化很大，承担不同诉讼职能的国家机关之间也存在职责分配的变化。刑事诉讼法所规定的程序内容是在不断的变化中走向程序正义，引导刑事程序法治的实现。我国刑事诉讼法的内容在科学化、民主化方面仍有待发展，以适应不断提升的人权保障的需要。

第二节　刑事诉讼法学的研究对象和研究方法

一、刑事诉讼法学的研究对象

刑事诉讼法学是一门应用性极强的学科，也是极具理论性的学科。刑事诉讼活动关涉公民权利的保护，关涉国家秩序的根基，对建设法治国家具有重大意义。建构现代刑事诉讼法学理论体系，是实现刑事诉讼法治的理论前提。刑事诉讼法学的研究对象主要包括以下内容：

1. 刑事诉讼基本理论。由于直接关系到公民基本权利的保障，刑事诉讼的立法以及司法实践尤其需要法治理论的指导，而且随着社会的发展，对刑事诉讼法律进行改革也不断需要理论的创新。刑事诉讼法学基本理论是刑事诉讼法学理论的基石，是刑事诉讼法哲学，包括诉讼价值、诉讼目的、诉讼构造、诉讼职能、诉讼主体、诉讼客体、诉讼理念、诉讼文化等理论。正是刑事诉讼基本理论支撑

起刑事诉讼法学体系的大厦。我国学者自20世纪90年代初期开始关注刑事诉讼基本理论的研究，目前已出版了一系列的研究著作，但距离建构完整的刑事诉讼法哲学体系以及坚实的刑事诉讼法学基础理论还比较远，还需要进一步的努力。

2. 刑事诉讼法律规范及刑事诉讼实践。刑事诉讼法律规范是指导刑事诉讼实践的法律依据，而法律规范往往具有原则性、概括性，需要对其进行准确的解释，才能保证人们理解和执行的统一性。对刑事诉讼法律规范的研究，为注释法学的范畴，诉讼法学者不应轻视注释法学的研究。还需要研究刑事诉讼法在实践中的运行状况。刑事诉讼实务包括侦查实务、起诉实务、审判实务、辩护实务，等等。刑事诉讼法律规范的制定具有一定的超前性，其实施又取决于多种因素的影响。理论与实践存在一定程度的背离，有些法律规定在司法实践中或被虚置，或被扭曲。因此，必须关注刑事诉讼实践，研究出现的各种重大问题，提出对策性建议，为完善刑事诉讼法提供实践支持。

3. 国际公约以及双边、多边条约。《公民权利和政治权利国际公约》、《世界人权》等联合国刑事司法准则的制定与遵行，体现了人类发展和进步的共性要求。随着世界经济走向一体化，法律之间相互影响、借鉴成为不可阻挡的潮流。虽然各国存在意识形态、社会制度上的差异，但是人类诉讼实践中共性的东西是可以互相借鉴的，应当以国际的眼光审视国际公约以及双边、多边条约，履行国际义务，实现人类诉讼文明成果的共享。

4. 其他国家的刑事诉讼法。世界各国刑事诉讼的状况不尽相同，各有所长。两大法系主要国家的刑事诉讼制度发展时间长，诉讼制度与程序相对成型。大陆法系国家的刑事诉讼法典的条文数量多，通常有四五百条甚至七八百条，立法较为完备。但各国的刑事诉讼法仍在不断发展变化之中。我国刑事诉讼基本原则的确立、诉讼制度与程序尚有空白及需要进一步发展完善之处，因此，我们应该比较研究各国的刑事诉讼法规定，以取长补短。

二、刑事诉讼法学的研究方法

刑事诉讼法学的研究应当注重方法论的指导。刑事诉讼法学主要有以下几种研究方法：

1. 历史分析的方法

社会生活总是在不断发展变化的，法律也是在不断变化的。刑事诉讼法是在一定的历史条件下产生、发展的，研究刑事诉讼法应当在当时的历史环境中考察，而不能脱离特定的历史背景来研究刑事诉讼的原理、原则等。运用历史分析的方法研究刑事诉讼制度，还必须以发展的眼光审视刑事诉讼制度的完善。研究诉讼制度发展的历史成因，有利于更好地把握刑事诉讼法未来的发展。人类刑事诉讼制度经历了漫长的发展过程，积累了一些有益的经验，也存在很多的教训，应当从历史中借鉴经验、吸取教训。

2. 价值分析方法

刑事诉讼诸多制度涉及价值冲突与选择，刑事诉讼制度、原则、程序的设定，往往体现立法者的价值判断与选择。英美法系代表国家——美国、英国注重个人自由、权利的保护，与之相比，大陆法系代表国家——德国、法国则注重社会整体利益的维护。长期以来，我国在刑事司法中，过于强调社会安全价值，忽视了个体自由价值，在诉讼结构的设计、立法模式的选择以及司法实际的运作中都体现了这种价值观的走偏。我国在今后的司法改革过程中，应考虑个人价值与社会整体价值之间的协调与并重，寻求程序的公平与公正。

3. 经济分析方法

经济分析方法，主要是运用经济学的方法和理论，考察、研究法律和法律制度的形成、结构、过程、效果、效率以及未来发展等。刑事诉讼同样是一种资源投入的活动，产出的产品是处理刑事案件的质量与数量。在刑事诉讼法学研究中，应从立法和司法成本的角度对刑事诉讼法进行分析，以最小可能的资源花费来实现刑事诉讼的预期目的。目前，司法资源的有限性与案件大量增加之间发生的尖锐矛盾，催生了现代简易程序、速决程序，如美国的诉辩交易制度，处理了90%的案件，大大提高了诉讼效率。我国于1996年修改《刑事诉讼法》时增加了简易程序，最高人民法院、最高人民检察院、司法部于2003年3月14日联合发布了《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》，无不体现了对诉讼效率的追求。运用经济学的方法研究刑事诉讼，还必须正确处理公正与效率的关系。公正与效率是诉讼的双重价值目标，二者的关系表现为两个方面：公正以效率为保障，无效率就无公正；效率以公正为前提，提高效率不能牺牲公正。

4. 比较的方法

比较的方法是法学研究的重要方法，使用得也较多。在现代各国，各种刑事诉讼制度与程序之间存在很大差异，进行优劣比较，有利于取长补短，完善本国的刑事诉讼制度，发展本国的刑事诉讼法学。目前，两大法系国家之间刑事诉讼制度的融合是一个趋势，尤其是大陆法系国家越来越多地借鉴英美法系国家的刑事诉讼制度的合理因素。我国刑事诉讼法更多地具有大陆法系的特点，从1996年修改《刑事诉讼法》开始，也在不断吸收英美法系国家对抗式诉讼的成分，这是比较后选择的结果。比较的目的是借鉴，借鉴的目的是发展，切不可盲目排外，过于强调本国的特性而无视人类诉讼制度的共性；亦不可盲目移植他国的制度，要避免南橘北枳。

5. 实证分析的方法

法律是社会实践的产物，对于法律实施的实际效果以及存在的问题，都应当进行实地调查研究，取得第一手资料，进行定量分析。这也是理论联系实际的基本要求。刑事诉讼法作为程序法，是实践中的法，其实施贯穿于刑事诉讼的全过程。丰富的、活生生的刑事诉讼实践是刑事诉讼法学研究的重要素材。一切诉讼

制度、诉讼程序规定得是否科学、可行，有无问题与缺陷，都需要实践来检验。我国刑事司法实践中存在的如刑讯逼供、超期羁押以及证人不出庭等问题，一直比较突出。这就要求研究者深入实践，了解实践中存在的问题，分析成因，寻求解决之策，而不可脱离实践、纸上谈兵。

第三节　刑事诉讼法的制定目的与任务

一、刑事诉讼法的制定目的

《刑事诉讼法》第 1 条规定："为了保证刑法的正确实施，惩罚犯罪，保护人民，保障国家安全和社会公共安全，维护社会主义社会秩序，根据宪法，制定本法。"这是我国刑事诉讼法制定的目的。刑事诉讼法规定了其制定的目的，从而为它的制定和实施确定了要达到的目标，尤其为完成刑事诉讼法的任务指明了方向，其意义十分重大。

我国刑事诉讼法的制定目的与任务是紧密联系的：刑事诉讼法的制定目的从宏观角度着眼，构建了刑事诉讼法的使命；刑事诉讼法的任务则从微观角度建构了具体应完成的任务。

二、刑事诉讼法的任务

《刑事诉讼法》第 2 条规定："中华人民共和国刑事诉讼法的任务，是保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行。"根据这一规定，刑事诉讼法的任务，包括以下两个方面：

1. 保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究

刑事诉讼法的首要任务，就是保证准确、及时地查明犯罪事实。刑事诉讼法是规定处理刑事案件程序的法律，是从程序方面来保证准确、有效地打击犯罪。对于查明犯罪事实，刑事诉讼法提出了准确、及时的要求。所谓准确，就是做到整个案件事实清楚，准确可靠，证据确凿，没有任何差错。所谓及时，就是在法定期间内，抓紧时间，尽快办案。对于查明犯罪事实，准确和及时是互相联系、不可分割的两个方面。只要求准确，不要求及时，准确也是难以做到的。因为不及时地调查、收集证据，时过境迁，就难以准确查明案件事实真相。只要求及时，不要求准确，及时也就失去了意义，甚至还会造成放纵坏人、冤枉好人的后果。因此，准确和及时这两个方面都必须注意。

要实现刑事诉讼法的惩罚犯罪和保护人民的任务，还需要在准确、及时地查明

犯罪事实的基础上，正确应用法律。犯罪嫌疑人、被告人是否犯罪，犯什么罪，应该受到什么样的惩罚，都需要严格依照法律来认定，任何人未经人民法院的判决，不能确定为有罪。公安、检察机关在刑事诉讼中必须依照法律规定的程序办事。

只有以事实为根据，以法律为准绳，才能起到惩罚犯罪和保护无辜的作用。惩罚犯罪和保护人民是我国刑事诉讼法的任务中不可分割的两个方面，惩罚犯罪和保护人民是完全一致的，惩罚犯罪是为了保护人民，只有有效地打击了犯罪，人民的合法权益才能得到有效保护。片面地强调惩罚犯罪而使无罪的人受到了追究，片面地强调保护而放纵了犯罪，这两种倾向都是错误的。

2. 教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争

教育人民群众遵守法律，积极同各种犯罪行为作斗争，是刑事诉讼法的重要任务。人民法院、人民检察院、公安机关正确处理刑事案件，惩罚犯罪分子，对群众有很大的教育作用。为了有效地实现刑事诉讼法的这一任务，必须注意以下三个方面：

首先，必须使一切犯罪行为都得到应有的追究。因为刑罚的防范作用，绝不在于刑罚的残酷，而在于有罪必究；重要的不是对犯罪行为处以重刑，而是把每一桩罪行都揭发出来。

其次，必须做到正确、及时、合法地惩罚犯罪，保障无罪的人不受刑事追究。正确、及时、合法地对犯罪行为进行追究，是通过刑事诉讼活动对公民进行教育的基础和前提。如果在刑事诉讼活动中有违法的表现，诉讼结论是错误的，那么根本就不可能得到人民群众的赞成和支持，更不用说对人民群众进行教育了。

最后，在整个刑事诉讼活动中，都要积极依靠和发动群众，充分调动人民群众同犯罪作斗争的积极性。在进行刑事诉讼的过程中，应当采取适当的方式、方法，开展法制宣传教育，培养人民群众的法制意识，使人民群众了解与犯罪行为作斗争同人民群众的直接利害关系，使他们了解刑事诉讼法的规定的内容和作用，以动员人民群众监督公安、司法机关的工作，支持和协助公安、司法人员的工作。在刑事诉讼活动中，还应该注意保障证人的安全和其他合法权益，以保护人民群众同犯罪作斗争的积极性。

刑事诉讼法上述两个方面的任务是互相联系、不可分割的整体，只有全面、完整地了解这两项任务才能实现惩罚犯罪、保护人民、保障国家的安全和社会公共安全、维护社会主义法制的目的，保障社会主义经济建设的顺利进行。

【问题与思考】

1. 刑事诉讼的概念。

2. 刑事诉讼法的概念。
3. 刑事诉讼法的渊源。
4. 刑事诉讼法学研究的对象和方法。
5. 刑事诉讼法的制定目的与任务。
6. 案例讨论：

“杜培武案”

杜培武原为云南省昆明市公安局戒毒所民警。1998年4月20日，昆明市公安局通信处民警王晓湘与昆明市路南县原公安局副局长王俊波被枪杀在一辆微型车上。被害人之一王晓湘的丈夫杜培武被疑系作案凶手而被抓到昆明市公安局。专案组对杜培武进行了连续10天10夜的审讯，最后一无所获。6月30日上午，杜培武被押到昆明市中级人民法院进行测谎，最后结论是杜培武在说谎。杜培武遂被当作杀害“二王”的重大嫌疑犯而被戴上了脚镣，在经受了双手被铐、悬空吊在铁门上以及被高压电警棍逐一电击脚趾和手指等刑讯逼供手段后，杜培武“供述了杀人的罪行”。

1998年12月17日，昆明市中级人民法院开庭审理杜培武故意杀人案。在庭上杜培武展示了他身上清晰可见的伤情，并强烈要求公诉人出示驻所检察官拍摄的照片，以证明刑讯逼供的事实。但公诉人说，当时没有拍过照片。1999年1月15日，昆明市中级人民法院第二次开庭。杜培武再次要求公诉人出示照片。公诉人说，照片找不到了。见此情景，杜培武解开风衣，从裤子里扯出了一套血迹斑斑的衣服，并说道：“这是我当时穿在身上被他们打烂的衣服！”审判长让法警收起血衣，并警告“不要再纠缠这些问题了”。杜培武高声申辩：“我没有杀人！我受到了严刑逼供！……”审判长没有理会。1999年2月5日，昆明市中级人民法院以故意杀人罪一审判处杜培武死刑，剥夺政治权利终身。1999年10月20日，云南省高级人民法院以“根据本案的具体情节和辩护人所提其他辩护意见有可采纳之处”为由，终审改判杜培武死刑、缓期2年执行。2000年6月17日，昆明市公安机关破获以铁路警察杨某为首的特大犯罪团伙案，查明“二王”系杨某等人所杀。2000年7月11日，云南省高级人民法院再审判决宣告杜培武无罪。

问题：结合本案谈谈你对“刑事诉讼法的制定目的”的认识。

第二章 刑事诉讼法的历史发展

第一节 外国刑事诉讼法的历史发展

一、外国古代刑事诉讼制度的历史沿革

二、外国近现代刑事诉讼制度的历史沿革

第二节 中国刑事诉讼法的历史发展

一、中国古代刑事诉讼制度的概况

二、中国近现代刑事诉讼制度的发展

三、中华人民共和国刑事诉讼制度的发展

本章概要

在人类历史进程中，刑事诉讼制度经过了由弹劾式经纠问式，而至今天职权主义诉讼模式与当事人主义诉讼模式并立，逐步民主化、科学化的历程。在四千余年的法制文明中，我国形成了独具特色的刑事司法制度。清末以降，我国在摸索经验、借鉴西方的基础上进行着刑事诉讼的现代化，在两大诉讼模式互相渗透、趋向融合的今天，吸收先进成果、改革诉讼制度是我们面临的重大课题。

关键术语

弹劾式诉讼　纠问式诉讼　职权主义诉讼　当事人主义诉讼　对抗制诉讼

在历史的进程中，人类在不断地为共同生活制订规则。人类社会的任何一种文明，都是前人经验的结晶。在法制文明史上，不同的历史时期存在不同的刑事诉讼制度；而且在相同时代，不同国家和地区的诉讼制度也不尽相同。从当代社会考察，各国都曾经或正在进行不同程度的刑事司法制度改革。因此，刑事诉讼制度同其他社会制度一样，是随着社会的变迁而发展变化的，是一个动态的过程。从宏观层面上看，其发展是从非理性走向理性，从野蛮走向文明；从微观层面上看，各国总在寻求一种适合自身发展需要的刑事诉讼制度。在这一历史进程中，随着世界政治、经济、文化交流的日益频繁，两大法系之间的以及其他具有不同历史传统的国家和地区之间的刑事诉讼制度，呈现出逐渐融合、互相渗透的趋势。

第一节　外国刑事诉讼法的历史发展

刑事程序的历史，清楚地反映出国家观念从封建国家经过专制国家，直到宪政国家的发展转变过程。

——【德】拉德布鲁赫

一、外国古代刑事诉讼制度的历史沿革

在原始社会，不存在现代意义上的法律，调整氏族成员行为的规范是风俗习惯。在历史学的概念里，古代主要是指上古和中古时期；从社会经济形态看，指奴隶制和封建制两个历史阶段。学者们常把中世纪以前的欧洲刑事诉讼制度称为“弹劾式”制度，而将13世纪至16世纪（即中世纪）欧洲大陆各国的刑事诉讼制度称为“纠问式”制度。我们也依此进行介绍。

（一）上古时期的弹劾式诉讼

弹劾式诉讼是人类历史上最早期的诉讼模式，据史料记载，早在公元前18世纪，古巴比伦王国第六世国王汉穆拉比（公元前1792—公元前1750）制定的《汉穆拉比法典》中就有关于刑事诉讼程序的规定。公元前449年，古罗马共和国制定的《十二铜表法》中也有相当篇幅是有关刑事诉讼的内容。古埃及、古巴比伦、古印度、古希腊、古罗马共和时期以及英国的封建时期，基本上都实行这种诉讼模式。

所谓弹劾式诉讼制度，就是个人享有控告犯罪的绝对权利，国家审判机关不主动追究犯罪，而是以居中仲裁者的身份处理刑事案件。这种诉讼制度是人类摒弃原始血亲复仇制度后采用的第一种诉讼形态，其产生在很大程度上受当时生产力极端低下的初级生产关系的制约，以及原始氏族社会解决纠纷的传统方式的影

响。其主要特征是：

第一，国家没有专门的追诉犯罪的机关，对犯罪实行私人告诉制度。通常，被害人或其代理人作为原告向法院直接提起控诉，只有原告起诉后，法院才受理并进行审判。没有原告起诉，法院不主动追究。按古罗马时期的表述，即“无原告即无法官”，也就是实行“不告不理”原则。在古罗马和日耳曼，无论是诉讼的启动还是诉讼的进行，如传唤被告及证人的义务也由原告承担，而非国家机关的责任；在古罗马，甚至在胜诉后的执行也必须依赖当事人自身。

第二，原告和被告的诉讼地位在形式上是平等的，他们享有同等权利，承担同等义务。案件审理程序通常是先由原告提出控诉的理由和证据，再由被告提出反对的理由和证据，然后由法官作出判断。在古雅典，案件在审判时先宣读原告的控诉书，再宣读被告的反驳书，然后由双方当事人发言和进行辩论，当事人也可以请懂法律的人为自己辩解，最后由法官作出判决。这种诉讼明显保留了氏族部落原始民主平等的痕迹，因为原始氏族成员之间的纠纷，是通过双方在氏族大会面前平等争讼来解决的。但是，奴隶制国家的法律不仅公开维护奴隶主阶级对奴隶的剥削和统治，也公开地确立自由民之间的不平等，如适用刑罚不是根据罪行的轻重，而是依犯罪人和受害人社会地位的高低而规定不同的刑罚。森严的等级制度，使得当事人诉讼地位上的平等以他们之间的身份平等为前提条件。不同身份的人，在诉讼中所享有的权利和承担的义务是存在差别的。如《汉穆拉比法典》规定，奴隶无权进行诉讼，奴隶的证言虽是一种证据，但奴隶没有资格出庭作证；同时规定对奴隶可采用刑讯的方法。

第三，法院或其他裁判机构在诉讼中处于消极的仲裁地位。法官在接到被害人或其代理人的控诉后，不进行专门的调查，不主动收集证据，只是在开庭审理时听取原、被告双方的陈述和辩论，以原、被告双方提供的证据为依据作出裁判。

第四，对争议的解决往往带有浓厚的宗教色彩。为了保证裁决结论得到公众的广泛接受，经常采用宣誓、神明裁判、决斗等证明方法。神示证据制度是早期弹劾式诉讼制度的特征之一。

所谓神示证据制度，是指法官根据神的启示、借助神的力量来判断是非曲直，确定诉讼争议。当时生产力发展水平极其落后，人对客观世界的认识能力极其有限，因此，人们将神奉为生灵万象的创造者、自然界和人世间万事万物的主宰者，认为神无所不知、无所不能，神的意志是公正和正义的象征，是判断是非、解决纷争的标准。对于诉讼中难以查明的事实或不易决断的争端，便以各种方式诉诸神，凭借神的力量来确定争议事项的真伪，判断诉讼双方的是非。

神示证据制度的证明方式是形形色色、多种多样的，与不同国家、不同地区的宗教信仰和图腾崇拜有密切关系。诅誓、水审、火审、决斗、

卜筮、十字形证明等，是神示证据制度中经常采用的一些证明方法。

诅誓，即当事人或证人对神盟誓，保证陈述的内容是真实的。由于他们笃信神的力量，认为欺骗了神就必定要受到神的惩罚，所以确认诅誓具有证明的效力。例如，著名的古巴比伦王国《汉穆拉比法典》第131条规定："倘自由民之妻被其夫发誓诬陷，而她并未被破获有与其他男人同寝之事，则她应对神宣誓，并得回其家。"

水审、火审，是指通过一定的方式使当事人或证人接受水和火的考验，借助神的启示来判定当事人或证人对案情的陈述是否真实、被告人是否有罪。据有关记载，水审有采用将被告人投入水中的方式，或者使其手伸入沸水或油锅中，如果被告人被淹死或烫伤，则证明被告人陈述不实或其有罪；如果被告人无恙，则证明其所述真实或其无罪。例如，古巴比伦王国《汉穆拉比法典》第2条规定："设若某人控他人行妖术，而又不能证实此事，则被控行妖术的人应走近河边，投入河中。如果他被河水制服，则揭发者可以取得他的房屋；反之，如果河水为他剖白，使之安然无恙，则控他行妖术的人应处死，而投河者取得揭发者的房屋。"

火审是用火或烧热的金属对嫌疑人进行考验。例如，9世纪法兰克人的《麦玛威法》中规定："凡犯盗窃罪，必须交付审判。如在审判中为火所灼伤，即认为不能经受火审的考验，处以死刑。反之，如不为火所灼伤，则可允许其主人代付罚金，免处死刑。"

决斗是由当事人双方使用武器对打以决胜负，决斗中获胜的一方被认为是无罪的，失败的一方则被认为是有罪的。

卜筮是就当事人争议的事实向神祷告，然后进行占卜，法官根据卦象的内容判断谁为胜者。

十字形证明是当事人双方相对而立，手臂左右伸直，使身体呈十字形，保持这一姿势时间最长久者胜诉。这为信奉基督教的民族所采用。

神示证据制度在生产力水平低下的社会为利用神的无形力量解决难以裁决的案件提供了便利，但作为一种调查案件事实的方法，显然是不科学的，也是与理性相悖的。

神明裁判和决斗曾受到强烈的谴责和抨击，但是，法国直到路易九世（1226—1270）时、英国直到亨利二世（1133—1189）时才予以废除。

如果我们从现代诉讼法理论的视角来分析弹劾式刑事诉讼制度，其主要的优点在于：一是明确区分了控诉和审判的职能，有利于防止法官集控诉和审判权于一身、独断专行、滥用职权。二是原告和被告诉讼地位平等，双方可以在法庭上进行平等的对抗和辩论，有利于法官听取双方意见、居中裁断，从而有利于案件

的公正处理。但弹劾式诉讼作为人类法制文明早期解决纠纷的方式，受原始社会习惯影响以及认识水平的局限，在很大程度上保留了原始性。这一时期的法律，刑事法与民事法不分，实体法与程序法混同。这种诉讼模式将追诉犯罪的权力完全赋予被害人或其他公民个人行使，使国家在追究犯罪的问题上处于相对被动的地位，而且刑事诉讼程序与民事诉讼程序基本上没有区别，这势必影响对犯罪的有效追究和及时惩罚。此外，法官在法庭审理时态度过于消极，也不利于准确查明案情、正确裁判。

（二）中世纪纠问式诉讼

控告人如果成为法官，就需要上帝作为律师。

——【德】拉德布鲁赫

公元 476 年西罗马帝国灭亡后，欧洲逐步进入封建时代，史称“中世纪”。

在这一时期，欧洲大陆国家经过宗教改革而建立的教会法对世俗法院的诉讼制度产生了巨大的冲击；各国专制主义政体的设立、社会成员对犯罪行为性质认识上的巨大变化，以及检察制度的建立等几方面的因素，导致了纠问式诉讼制度的产生。欧洲大陆各国普遍实行纠问式的诉讼制度。德意志帝国 1532 年颁布的《加洛林纳法典》和法国 1670 年颁布的《刑事治罪法令》所规定的刑事诉讼程序就是典型的纠问式程序。英国君主专制时期的星座法庭，实行的也是纠问式诉讼。

所谓纠问式诉讼制度，是指国家司法机关对犯罪行为，不论是否有被害人控告，均依职权主动进行追究和审判的诉讼制度。在纠问式诉讼中，法官不再是中立的第三方，而成为对危害公共秩序和君主利益的犯罪行为负有责任的追究者。这是人类刑事诉讼制度的重大进步，并为现代公诉制度的产生奠定了基础。纠问式诉讼的主要特征是：

第一，对刑事案件的追究不再取决于被害人或其近亲属的控告，而是由法院的专职调查官负责调查和追诉。握有司法权力的官员一旦发现犯罪，无论被害人是否提出控告，都可以依职权主动追究并进行审判，不实行不告不理原则。在纠问式诉讼中，控诉职能与审判职能集于法官一身。

第二，被告人为诉讼客体，不具有诉讼主体地位。在纠问式诉讼中，对被告人实行有罪推定，某个人一旦被指控或怀疑犯罪，在没有确实证据或依诉讼程序证明其犯罪之前，先假定其有罪并将其作为罪犯对待。在有罪推定的情况下，被告人不具有诉讼主体地位，而是诉讼的客体，是被追究的对象。为了查明“事实真相”，司法官可以采取一切手段。刑讯逼供制度化、合法化，是纠问式诉讼的显著特点。如欧洲 13 世纪建立的宗教裁判所，就实行极端残忍的审判制度，对被告人实行秘密的审讯，控告人及证人是谁，一律对被告人保密；并且对被告人严刑拷问，作为提取证据的主要手段。

第三，侦查和审判都秘密进行，实行间接的书面审理方式。纠问式诉讼的审

理不允许当事人在法庭上辩论，审讯通常又不公开进行，判决主要以审讯被告人的书面记录或被告人的服输供词为根据。这样，审判就变成了对卷宗的书面、间接和秘密的审查，而非弹劾式诉讼中所保持的直接、言词和公开的形式。

第四，实行法定证据制度。法定证据制度，是中世纪欧洲各封建制国家所实行的一种证据制度，它是随着纠问式诉讼制度的出现而出现的。法定证据制度的主要内容为：一切证据证明力的大小，以及对它们的取舍和运用，均由法律加以具体规定，法官在审理案件时不得自由评断和取舍。

法定证据制度在中世纪后期欧洲大陆国家的出现，是与当时中央集权的君主专制国家为打破地方封建割据、限制地方司法权力，而创设全国统一的司法体系相呼应的，对消除各地在诉讼中运用证据的混乱状况具有积极的意义。

法定证据制度下，按照证据的外部特征，法律预先将证据划分为完全的、不太完全的和多半完全的证据；几个不完全的证据，可以构成一个完全的证据。这里，“完全”是“可靠”的意思。如前面所述，不同身份的证人，其证言的完全可靠性不同：男子的证言优于女子的证言；学者的证言优于非学者的证言；地位显要者的证言优于普通人的证言；僧侣、牧师的证言优于世俗人的证言；公文的证明力大于私文的证明力；书面证据原件的效力永远大于副本的效力，等等。被告人的认罪口供无论是自动讲出来的，还是被刑讯逼出来的，都被看作是完全可靠的证据，被看作是“证据之王”或“证据皇后”。对口供证据能力的过分推崇，导致了刑讯逼供的盛行和合法化。

在证据制度的发展史上，法定证据制度与神示证据制度相比是一大进步，这种制度否定了中世纪欧洲刑事诉讼中神意的作用，更多地体现了人的作用，其中一个重要的诉讼功能是在一定程度上限制法官个人的专横武断。但这种证据制度的局限在于，将复杂的、由多重因素决定的证据的证明力简化为由某种单一因素决定，将需要根据法官的经验和知识综合判断的证据和事实变成了对一个个证据的证明力作简单的加减计算，这种僵化的形式主义难以保证对案件事实进行准确和理性的认识。

最早主张在立法中废除法定证据制度的是法国的杜波尔。1790 年 12 月 26 日，杜波尔向法国宪法会议提出革新草案，建议废除书面程序及形式证据，用自由心证制度取代法定证据制度。1791 年 1 月 18 日宪法会议通过了杜波尔的提案。

纠问式诉讼是适应王权不断加强、封建领主对农民的镇压日益残酷的需要而产生的，是封建专制极权在诉讼中的表现。与原始弹劾式诉讼相比，纠问式诉讼在诉讼的民主性方面无疑是倒退了，但它确立的追究犯罪的职责应由国家机关承担的原则，则是诉讼历史发展的必然。

二、外国近现代刑事诉讼制度的历史沿革

资产阶级革命开创了人类历史的新篇章，也把诉讼制度的发展推进到了一个

新的历史阶段。主张民主、自由、人权的资产阶级在夺取政权的斗争中对封建纠问式诉讼的专制和黑暗进行了猛烈的抨击，在夺取政权后对原有的刑事诉讼程序加以扬弃和改造，建立起新的诉讼制度。

英国的平均主义派领袖李尔本（1614—1657）在其《人民约法》、《英国根本法和自由》等著作中，较早地提出了“法律面前人人平等”、“实行法官选举制”、“陪审员应有广泛权限”、“不仅应确定被告是否有罪，而且应作出依法量刑的判决”，以及“诉讼程序必须是公开的、直接的、辩论的”、“被告人有权获得辩护”等主张；法国思想家孟德斯鸠（1689—1755）在《论法的精神》一书中指出了封建制诉讼专断性的要害在于立法权、行政权和司法权的合一，指出拷讯的反人道性，明确提出要对被告人实行人道主义；意大利法学家贝卡利亚（1738—1794）在其《论犯罪与刑罚》一书中，对刑讯逼供的野蛮性和形式证据制度的荒谬性进行了深刻的剖析与批判，并提出了著名的“无罪推定”原则，主张，任何人在法院没有作出有罪判决之前，都应当被看作是无罪的人而受到法律的保护。资产阶级革命时期的启蒙思想家和法学家提出的这些关于刑事诉讼的理论和主张，在批判和摧毁封建专制的司法制度方面起了巨大作用，并为建立资产阶级的刑事诉讼制度奠定了基础。

以罗马法为传统的大陆法系国家，相继制定出专门的刑事诉讼法典，用立法的形式把革命中的改革措施固定下来。例如，1808年法国制定的《法国刑事诉讼法典》，是资产阶级国家第一部成文的刑事诉讼法典。在这部法典中，自由心证原则、无罪推定原则以及非职业审判官参与行使审判权等制度均得到了确立；同时，与纠问式诉讼制度相比，这部法典还体现了以下变化：第一，控诉职能与审判职能在国家追诉原则的基础上实现了分离；第二，不告不理原则重新得到了确立；第三，刑事诉讼程序被划为两大阶段：预审调查阶段和法庭审判阶段；第四，被告人的主体地位得以确立，被告人拥有辩护权和获得律师帮助的权利；第五，被告人的人格尊严和自愿陈述得到认可，刑讯被废止等。这部法典在整个19世纪对欧洲大陆国家的刑事诉讼改革发挥了积极的影响和推动作用，确立了具有大陆法系鲜明特点的职权主义诉讼模式。其他欧洲大陆国家，如德国、奥地利、意大利，以及远东的一些国家，如日本，也纷纷制定刑事诉讼法典。其中，德国于1877年制定了《德国刑事诉讼法典》；意大利于1865年制定了《刑事诉讼法典》；日本于1880年制定了《治罪法》，1890年又改定为《刑事诉讼法》，1922年又作了修改。

自由心证证据制度又称“内心确信证据制度”，是指证据的证明力不由法律事先加以规定，而是由法官或陪审员依靠自己的“良知”去进行自由判断，判断过程中不受任何来自外界的影响。法律不要求判断者说明理由和根据，所关心的仅仅是是否形成了内心确信。1791年9月29日法国宪法会议根据杜波尔的提议，发布训令明确宣布：法官必须以自己的自由心证作为裁判的唯一根据。1808年制定的《法国刑事诉讼法典》率先详细地规定了自由心证制度，其第342条规定：“法

律对于陪审员通过何种方式而认定事实并不计较；法律亦不为陪审员规定任何规则，使他们据以判断证据；法律仅要求陪审员深思细察，并本诸良心，诚实推求已经提出的对被告不利和有利的证据在他们的理智上产生了何种印象。法律未曾对陪审员说，‘经若干名证人证明的事实即为真实的事实’；法律亦未说，‘未经某种记录、某种证件、若干证人、若干凭证证明的事实，即不得视为已有充分证明’；法律仅对陪审员提出这个问题：‘你们已经形成内心的确信否？’此即陪审员职责之所在。”这是关于自由心证的典型表述。继法国之后，欧洲各国立法也相继规定了自由心证制度，1877年《德国刑事诉讼法典》规定，“法院应根据从全部法庭审理中所得出的自由心证来确定调查证据的结果”；19世纪末，俄罗斯废止了法定证据制度，1892年俄国《刑事诉讼条例》规定了内心确信的证据制度；日本于明治九年（1876年）采用自由心证制度。

自由心证制度相对于法定证据制度而言，是证据制度的又一大进步。需要指出的是，对于自由心证理解和运用不当，势必造成司法专横和主观擅断。因此，许多国家在赋予法官自由判断证据证明力的权力的同时，也对自由心证的形成规定了某些限制条件，以防止法官的擅断。

英美法系国家刑事诉讼制度的发展与大陆法系国家的有所不同。11世纪诺曼底人的征服，给英国带来了两种全新的制度：由当事人双方以平等对抗的方式解决争端的制度，以及由一些心地无偏的民众组成陪审团裁决争端的制度。这两种制度结合起来，为英美法系国家对抗制诉讼程序的形成奠定了基础。

随着英国海外殖民地的扩张，英国的刑事诉讼制度也得以传播和确立。美国原来是英国的殖民地，独立后基本上沿用英国的法律制度，包括诉讼制度。英国没有成文的刑事诉讼法典，所谓刑事诉讼法，不过是习惯、判例和法规的总称。英国关于刑事诉讼的法规比较零散，早期的单行刑事诉讼法规主要有：1679年《人身保护法》，1879年《犯罪检举法》，1898年《刑事证据法》，1907年《刑事上诉法》等。第二次世界大战后，英国加强了刑事诉讼法律的成文化，先后制定了一批重要的刑事诉讼单行法规，主要有：1948年《刑事审判法》，1952年《治安法院法》，1965年《刑事证据法》，1965年《刑事诉讼程序（证人出庭）法》，1967年《刑事审判法》，1968年《刑事上诉法》，1974年《陪审团法》，1985年《刑事起诉法》等。美国至今没有一部统一的成文的刑事诉讼法典，联邦司法系统主要适用1945年颁布的《联邦刑事诉讼规则》、1967年《联邦上诉审规则》、1975年《联邦证据规则》等。部分州，如纽约、加利福尼亚等，有自己的刑事诉讼法典。

美国刑事诉讼制度的最大特点，是把刑事程序中一些重要的诉讼权利上升为宪法权利，并把诉讼原则直接规定在宪法中，称为宪法原则。美国《权利法案》规定了一系列刑事诉讼原则，概括起来为：人身、住宅、文件和财产不受无理逮捕、搜查与扣押；由犯罪发生地的公正陪审团予以迅速和公开审理；不得因同一

犯罪行为而遭受两次生命或身体的危险；不得在任何刑事案件中被迫自证其罪；有权获得律师帮助为其辩护；被告知指控性质和理由；以强制手段取得于被告人有利的证据；与对方证人对质；不得被课以过多保释金和过重罚金；不得被课以残酷和非常刑罚；获得平等法律保护等。

美国联邦宪法第 14 条修正案的"正当程序"条款，将现代刑事诉讼的一些基本的人权保障和诉讼原则融会在"正当法律程序"的概念之中，强调未经"正当法律程序"不得剥夺任何人的生命、自由或财产，为其他各国在宪法性文件中对刑事诉讼提出基本要求和对公民的自由与人权提供基本保障作出了典范。除美国外，其他一些曾经是英国殖民地的国家，如加拿大、澳大利亚等，也基本沿用英国的刑事诉讼制度。

随着诉讼制度的发展和诉讼文明程度的提高，现代意义的刑事诉讼，无论是在英美法系国家，还是在大陆法系国家，呈现出一些共同的特征：第一，在诉讼结构上，起诉职能与审判职能分开，控诉、辩护、审判三足鼎立，构建刑事诉讼的基本结构，实行不告不理。近代国家一方面认为犯罪不只是侵犯了个人的利益，也直接侵犯了国家或社会的利益，应由国家主动干预，进行追究；另一方面认为，起诉必须与审判分开，才能保证审判客观、公正，因此，普遍建立检察机关专门代表国家对犯罪人提出公诉。刑事案件的侦查由警察机关或者由检察机关指挥警察进行，侦查终结后对犯罪嫌疑人的起诉由检察机关或者由检察机关委派公职律师进行。法院不再承担控诉犯罪的职责，而是专门负责对刑事案件进行审判。侦查是起诉的准备，起诉是审判的前提。只有经合法、有效的起诉，法院才能开始审判活动，而且其审理不能超出起诉书指控的范围。如此，克服了纠问式诉讼中起诉、审判合为一体的弊端，保证了审判的客观、公正。第二，实行审判独立，法官独立行使刑事司法权。立法、行政、司法三种权力分立并相互制衡，即"三权分立"的学说和制度，构成了审判独立的政治基础。审判独立作为刑事诉讼中的一项基本诉讼原则，在各国的宪法和刑事诉讼法中得到肯定，即要求审判权由法院独立行使，法院的审判活动只服从于宪法和法律，不受立法机关和行政机关的干涉。为了贯彻司法独立，相应采取了一系列保障，如从最高法院到基层法院，其组织自成系统，与立法、行政机关分开；实行法官专职制、高薪制、审理案件时不可更换制、身份保障及退休保障制等，以便从制度上消除法官在执行职务时的顾虑，从而保障审理的公正性。第三，实行无罪推定原则，被告人享有广泛的诉讼权利。肯定被告人的主体地位和辩护人的能动作用，确认和保障被告人的辩护权；在被告人未经法庭审判而正式被确定为有罪之前，先假定其无罪；被告人不再是诉讼的客体，而是诉讼主体，被告人有权获得律师的帮助，有权保持沉默；刑讯逼供被禁止，被告人的人格尊严和诉讼权利得到法律的确认和维护。第四，实行公开审判，肯定言词原则和直接原则。近现代刑事诉讼强调"公平的"、"公正的"审判，因此，在审判活动中要求贯彻一系列保证"程序公正"的制度与原

则。如实行公开审判，在诉讼中实行言词诉讼原则以及法官直接接触证据的直接审理原则，从而区别于纠问式诉讼中的秘密审判、书证主义和间接审理主义。第五，实行证据裁判原则和自由心证制度。近代启蒙运动的发展，推动了证据制度的理性化。神秘主义、形式主义以及主观臆测的事实判定方式在证据法中已缺乏存在根基，根据经验和逻辑、依据证据认定事实的证据裁判原则已被普遍认可；不受各种先验原则的约束，根据理性和良知自由判断证据并建立内心确信的证据判断方法也已经普遍化。

然而，在实际采用的诉讼结构和诉讼形式上，由于历史传统、社会政治与文化及法制背景的差异，欧洲大陆国家与英美等国的刑事诉讼法体系在具有资本主义刑事诉讼基本结构共性的基础上，在历史演变的进程中各自发展形成具有自身特点的诉讼制度。在诉讼理论上，称大陆法系国家如法国、德国等的诉讼模式为"职权主义诉讼"，其主要特点是注重发挥侦查机关、检察机关、法院在刑事诉讼中的职权作用，法官在审判中起主动指挥作用，从而常被形容为"主动的法官，消极的当事人"；称英美法系国家的诉讼模式为"当事人主义诉讼"，主要强调双方当事人在诉讼中的主体地位，使其在诉讼中积极主动，互相争辩对抗，法官相对消极，形式上只起居中公断的作用，从而常被形容为"沉默的法官，争斗的当事人"。

（一）大陆法系职权主义诉讼模式的特征

第一，侦查机关享有广泛的权力，警察、检察官和其他有侦查权的官员依职权主动追究犯罪，被告人的权利受到一定程度的限制。在大陆法系国家，对犯罪的侦查通常由检察机关进行，或者由检察机关指挥司法警察或刑事警察进行。《法国刑事诉讼法典》第一编"负责公诉与预审的机关"明确规定，共和国检察官受理申诉和告发并作出相应的评价和处理；应采取或使他人采取一切追查违法犯罪的活动，为此有权指挥辖区内的司法警察的一切活动，有权决定采取拘留的措施；所有官员和公务人员若在履行职责中知晓任何重罪、轻罪，都应毫不迟疑地通知共和国检察官，并向检察官移送有关情报、笔录和文件；司法警察在得知发生现行重罪时，应立即报告共和国检察官，并不迟延地到达犯罪发生地点，进行一切必要的查证工作。《德国刑事诉讼法典》第160条规定："当检察官通过报告或其他方式知悉一种可疑的犯罪行为的时候，就要去探查确实情况，以便决定是否应当提起公诉。"

第二，侦查和预审在刑事诉讼程序中居重要地位，侦查、预审不公开进行。审讯前，预审法官应提醒被告，他须肯定、明确和如实地回答向他提出的问题。虽然犯罪嫌疑人在侦查阶段可以获得律师协助，但不承认律师有调查取证的权利，被告人认为有能够证明自己无罪或罪轻的证据，只能请求侦查机关代为收集。总的说来，在侦查中控诉一方的地位要比被告人的有利。

第三，在刑事案件的追诉上，一般采用公诉为主、自诉为辅的方式。公诉由

检察机关代表国家提起。对于某些轻微的刑事案件，被害人可以直接向法院提出控告，要求追究加害人的刑事责任。为保障自诉权的顺利行使，保护被害人的合法权益，必要时检察机关可以对自诉案件提起公诉，或者在自诉过程中担当自诉人。《法国刑事诉讼法典》规定：旨在适用刑罚的公诉，应由法官或者法律授权的行政官员（主要指共和国检察官）进行。任何遭受重罪、轻罪或违警罪直接损害者，有权提起损害赔偿的民事诉讼。符合刑事诉讼法规定的条件时，被害人也可以提起刑事诉讼。

第四，法官起主导、指挥作用的审判程序。大陆法系国家刑事诉讼中的职权主义，集中体现在审判阶段：法官在庭审中起主导作用，可以依职权主动讯问被告，询问证人；可以采用足以证明一切事实真相的证据，决定采取必要的一切证明方法；有权对当事人及其他诉讼参与人的申请作出决定。当事人则处于相对被动的接受指挥的地位，作用相对消极。

第五，在起诉活动中实行卷宗移送主义。在法、德等大陆法系国家，法官要指挥审判、亲自调查证据，所以需要在审判前对案件进行实质性审查，完全了解案件事实及其细节。为了满足法官的需要，检察官必须向法院移送全部案件笔录和证据材料，法官只有在充分阅读了这些材料和证据之后，才能开始审判。

（二）英美法系当事人主义诉讼模式的特征

第一，在侦查程序中注重对犯罪嫌疑人权利的保障，使犯罪嫌疑人具有对抗侦查机关的手段与权利。凡采取限制或剥夺人身自由的强制措施，或者搜查、扣押犯罪嫌疑人的财产，必须取得法官签署的许可令状。执行逮捕后应无不必要迟延地将被告人带至签发逮捕证的法官面前接收聆讯，除法律有明确规定的以外，应当允许被告人交钱保释。被告人享有沉默权，被告人有权自被传讯或逮捕时即获得律师的帮助，如被告人因为经济原因不能委托律师的，有权免费获得法律援助，辩护律师有权自行侦查或委托私人侦探代为侦查。

第二，在起诉方式上，在英国检察官、警察、政府机关、商号及公民个人都有起诉权；在美国，不存在自诉，全部刑事案件或者以检察官起诉书提出控诉，或者经大陪审团审查后以大陪审团公诉书提起公诉。当事人主义诉讼模式赋予检察机关较大的自由裁量权，可以视案件的具体情况而选择灵活的起诉方式。即使在犯罪证据充分时，检察机关也可作出不起诉的决定；在起诉之后，经被告同意，也可以撤回。

第三，双方当事人的抗辩集中体现在审判程序中。法庭审判活动以控、辩双方的积极活动为核心内容，他们在平等地位的基础上按交叉的方式对证人进行询问、质证、争辩，然后双方作终结性辩论。法官的职权活动仅限于补充性事务，主要任务是对控、辩双方的主张及证据进行评判和取舍。

第四，在案卷材料的移送上，当事人主义诉讼模式实行“起诉状一本主义”，即为防止法官产生预断，检察官决定起诉案件时，只能将起诉书送交法院，而不

得进行任何证据说明，也不得记载任何足以使法官对被告人产生偏见的事项。

总之，英美法系当事人主义诉讼模式强调通过当事人间的平等对抗发现案件“真实”，解决争议；而大陆法系职权主义诉讼模式强调运用国家权力查明事实真相，惩治犯罪。这两种诉讼结构的特征在庭审阶段最为明显。第二次世界大战以后，随着世界形势的变化和人权保障运动的发展，各国相继开展了刑事司法改革运动，两大法系之间出现互相接近、互相吸收、互相借鉴的趋向，两大法系之间的差距正日益缩小。英美国家加强了刑事领域的立法工作，成文法逐步取代了习惯法，制定法逐步取代了判例法。如，英国继 1933 年废除了大陪审团审查起诉制度后，又于 1985 年颁布《刑事起诉法》，仿效大陆法系国家在英格兰、威尔士建立起统一的刑事起诉机构。总的说来，大陆法系国家在推进刑事司法改革、改造本国诉讼程序的进程中，借鉴、吸收英美当事人主义诉讼模式的东西更多一些，具有代表性的如日本和意大利。日本于 1948 年重新制定刑事诉讼法，在原职权主义诉讼模式的背景下，吸收了美国当事人主义诉讼模式的许多内容，形成日本式的当事人主义诉讼模式。意大利经过长期的争论和深入的比较，终于在 1988 年颁布了新的刑事诉讼法典。这部法典以美国的抗辩式诉讼程序为模式，对原有的刑事诉讼结构进行了重大改革。意大利的这一立法尝试，对其他大陆法系国家的刑事诉讼制度的变革产生了巨大影响。日本和意大利是在原来职权主义诉讼模式的基础上大力吸收当事人主义诉讼的积极因素，以折中的方式试图结合两者之长而避免其短，即强化对人权的保障，又注重发现案件真实和提高效率。这种模式被称为“混合式”诉讼模式，这种模式为许多国家的刑事诉讼制度的改革提供了可供借鉴的经验。随着世界经济一体化进程的发展，联合国和其他区域性国际组织通过一系列国际法律文件，为各国刑事诉讼中的人权保障提出了最低标准，这为各国刑事诉讼制度的改革提供了方向。

第二节　中国刑事诉讼法的历史发展

一、中国古代刑事诉讼制度的概况

中国是历史悠久的文明古国，曾经创造过光辉灿烂的法律文化。在世界法律史中独树一帜的中华法系，不仅对亚洲的一些国家的法律制度产生过深远的影响，而且在世界法律文化的宝库中也占有重要的地位。

中国古代是指公元前 2000 年左右中国出现早期奴隶制国家时起，直到 1840 年清王朝走向崩溃时止这一漫长的历史时期，中间经历奴隶制、封建制两个发展阶段。中国古代法制，包括刑事诉讼法制，是随着奴隶制国家的建立而逐步形成和发展起来的。

中国古代的立法是诸法合体、实体与程序混同的。当时没有独立的刑事诉讼

法典，刑事诉讼法是和刑法混合在一起的。最早的刑事立法始于公元前 21 世纪的夏朝，“夏有乱政，而作禹刑，商有乱政，而作汤刑，周有乱政，而作九刑”①。到了西周时期，奴隶制的诉讼程序已经发展得相当完备，并且已有民事和刑事的区分，刑事就是“狱”即“告以罪名者”，“讼”即“以财货相告者”。不过，当时有关刑事诉讼程序的规定，主要通过习惯法表现出来。战国时期，魏人李悝著《法经》六篇，这是我国历史上第一部系统的法典，《法经》中的“囚”法和“捕”法就是有关刑事诉讼程序的规定。秦商鞅时期对法律制度的改革，奠定了秦朝封建立法的基础，秦律中的“治狱”和“讯狱”对诉讼程序已有较详细的规定。② 隋朝时期，以《北齐律》为蓝本所制定的《开皇律》第八卷“斗讼”、第十一卷“捕亡”、第十二卷“断狱”都是诉讼程序方面的内容，明确规定了刑讯、听审等程序，为《唐律疏义》所继承，并为以后的宋、元、明、清等历代的律令所沿袭。

从夏商到明清经历了四千多年的历史演变，中国古代的刑事司法制度与其他国家的既有相似之处，也有自身的特点。这些特点，既是中国几千年的集权统治的体现，也是儒家文化长期浸染的结果。中国古代的刑事司法制度的特点主要体现在以下几个方面：

第一，司法与行政不分，行政机关兼理司法。中国古代没有独立的审判机关。西周时期的周王是最高裁判者，重大案件和诸侯之间的争讼，都由周王亲自裁决，判决权最终归于周天子。这一制度开了中国后世司法权从属行政权的先河。在我国两千多年的封建专制社会中，从秦汉到魏晋南北朝，中央机关实行三公九卿制，九卿中的廷尉“掌刑辟”，负责审理皇帝交办的重大案件和地方呈报的疑难案件，但案件经廷尉审理后必须报请皇帝和丞相裁决。后来中央机关改为三省六部制，大理寺、刑部、御史台为审理刑事案件的司法机关，但是最高审判权仍掌握在皇帝手中，判决要报皇帝批准。中央和地方机构、职权虽有变化，但皇（王）权至上、司法与行政不分的制度却是一脉相承的。

第二，刑事诉讼与民事诉讼没有根本性差异。中国古代的法律制度具有诸法合体，以刑为主、刑民不分，实体和程序合一的特点。公民之间的财产关系和人身关系也是通过刑律来调整的，如唐律中的户婚篇、明清律中的户律，规定的都是田宅钱粮家庭婚姻纠纷，但都采取科以刑罚的方式来解决。司法机关在审理具体的案件时，某些用来规范刑事案件的程序也常适用于民事案件的审理活动。

第三，控诉和审判职能不分，是典型的“纠问式”诉讼。中国古代的刑事诉讼采用的是“纠问式”程序，各朝都未出现类似的公诉制度。诉讼的提起，主要是由司法官吏依职权主动代表国家追究犯罪，司法官吏既是追诉主体，又是裁判者。一旦发现犯罪，不管是被害人控告的，还是司法官吏主动调查的，司法官吏

① 《左传·昭公六年》。

② 参见《睡虎地秦墓竹简》，246～247 页。

都必须依职权对被告人进行调查并收集证据、作出判决。这与中国历史上的专制统治和司法与行政不分的体制是一脉相承的。

第四，刑讯逼供被合法化。历代有“断案必取输服供词”，“无供不录案”的规定。鉴于口供对定案具有决定性作用，而被告又不供认，刑讯逼供便成了刑事诉讼中重要而且合法的环节。将刑讯逼供作为合法的手段，是建立在重口供、重实体、轻程序、轻人权这些理念基础上的。“捶楚之下，何求而不得?”在严刑拷打下，冤案、错案比比皆是。刑讯逼供制度反映了中国古代刑事诉讼制度的专制和野蛮。

第五，建立起了多种监督程序。中国古代的统治者大都重视操生杀予夺大权的刑狱的重要性，这是“明德慎刑”儒家思想的体现。儒家反对严刑峻法，认为治狱与治国一样，要“德主刑辅”。如秦始皇“专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书”。后来的历代皇帝也都强调：“狱，重事也，用法一致，则民无所措手足。”为了保证适用刑罚的公允，防止冤假错案，还建立了一系列的监督程序，如司法官吏责任制度、御史监察制度、会审制度、直诉制度、死刑复核复奏制度等，以防刑罚的滥用。

二、中国近现代刑事诉讼制度的发展

（一）清末的刑事诉讼立法活动

我国近代是指自鸦片战争至北洋军阀时期。清政府被帝国主义的“坚船利炮”轰开了大门，中国逐步沦为半殖民地、半封建社会。“戊戌变法”以后，清政府迫于内忧外患的压力，开始从西方引进司法理论和诉讼模式。清政府于 1902 年设立了法律修订馆，在修订法律大臣沈家本等人主持下，以德、日等大陆法系国家的司法组织与诉讼程序的法典为模式，开始编订单独的法院组织与诉讼程序方面的法律，其中有关刑事诉讼的法律有：(1)《大清刑事民事诉讼法》，于 1906 年由沈家本、伍廷芳等编成，共有 5 章、260 条。它是中国历史上第一部单行的诉讼法，首次规定了律师制度，主张取消刑讯逼供，庭审采用英美的对抗式诉讼和陪审制度。(2)《大理院审判编制法》，颁布于 1906 年，共 5 节、45 条，主要强调了司法独立原则和审判合议制，并模仿日本的立法例，将全国的法院体系划分为四级，实行四级三审制，同时对检察官的审判监督机制也作出了一些具体规定。1907 年沈家本编成了《法院编制法》，共 16 章、164 条。这是中国历史上最早的系统的法院组织法，将全国的审判机关的组织体系确定为初级审判厅、地方审判厅、高等审判厅和大理院四级。该法于 1909 年颁布，但未等实行，辛亥革命已经爆发，后在民国时期曾被援用。(3)《大清刑事诉讼律》，于 1911 年由沈家本、俞廉三拟订，诉讼程序方面的规定主要是：实行弹劾式诉讼，控诉和审判职能分离；检察官垄断国家起诉权；庭审采用直接、言词、辩论原则；实行公开审判和辩护制度；废除法定证据制度，代之以自由心证制度等。《大清刑事诉讼律》是中国第一部刑

事诉讼法典。

清末改制、立法的一系列活动，虽然有其历史局限性，并且大部分法律都未曾颁布实施，但是，这次改革结束了中国长达几千年的古代刑事诉讼制度，并对以后的立法产生了深远的影响。通过这次改制，确认了一些体现资产阶级民主、自由和平等观念的诉讼原则和制度，如审判公开、控审分离、直接言词原则和辩护制度等，同时废除了刑讯制度；第一次将程序法与实体法分开，并根据诉讼法在调整的对象与性质上的差别，将之分为刑事诉讼法和民事诉讼法，这在中国的立法史上是一个巨大的进步；初步确立了大陆法系职权主义的诉讼结构，这种模式为后来的刑事诉讼制度的改革和发展奠定了基础。

（二）北洋政府时期刑事诉讼制度的沿革

北洋政府时期，一方面，大量沿用清末颁布的法律；另一方面，基于维护其反动统治的需要，颁布了一些有关诉讼程序和司法组织的单行法规。例如，对于清末未及颁行的《各级审判厅试办章程》和《法院编制法》等法律，北洋政府只略加修改，即予以通令施行。对于清末未及颁行的《刑事诉讼律草案》，北洋政府先是分别援引其中的某些编、章，1921年将该草案予以修改，更名为《刑事诉讼条例》，予以公布，先在“东省特别法院”区域施行，并明令自1922年起在全国法院统一施行，实际上只施行于北洋政府统治下的地区。北洋政府颁布的刑事诉讼程序和司法组织方面的法律的主要特点有：一是实行不完全意义上的司法独立，在县一级政权仍由县知事兼理司法。二是广泛地适用简易程序的规定。北洋政府为了保障司法官吏能够迅速结案，颁行了大量适用简易程序的法律法规。三是规定了大量的适用军法和“非常程序”的审理程序。在司法实践中，这些特别程序已经取代了正常的刑事诉讼程序。

（三）国民党政府时期刑事诉讼制度的沿革

1927年大革命失败以后，以蒋介石为首的国民党政府取代了北洋军阀的统治，为了巩固国民党政权，一方面继续沿袭清末、北洋军阀时期的诉讼程序和司法体制，另一方面又陆续制定了一些成文法典，其中有关刑事诉讼的法律主要有：《中华民国刑事诉讼法》(1928年)、《中华民国刑事诉讼法施行法》(1928年)、《中华民国刑事诉讼法》(1935年)、《中华民国刑事诉讼法施行法》(1935年)。此外，国民党反动政府为了维护其法西斯独裁统治，又制定了许多效力高于普通法的特别法规，如《危害民国紧急治罪法》、《共产党人自首法》、《特种刑事临时法庭组织条例》、《特种刑事临时法庭诉讼程序暂行条例》、《特种刑事法庭审判条例》等。国民党政府时期的刑事诉讼程序和司法制度奉行大陆法系职权主义的庭审结构，如国家起诉主义，审判长依职权主动查明案情，证据制度上实行实体真实与自由心证相结合的证据原则等。法院实行三级三审制，审判组织为独任制或合议制。按《法院组织法》的规定，国民党时期的法院分为三级：地方法院、高等法院和最高法院。1949年以后，原国民党政府的“中华民国刑事诉讼法”在我国台湾地

区继续实施，经多次修正沿用至今。

三、中华人民共和国刑事诉讼制度的发展

中华人民共和国刑事诉讼制度的发展历程可分为两个阶段，即新民主主义革命时期的刑事诉讼法与中华人民共和国成立之后的刑事诉讼法，这同我国革命发展的两个历史时期即新民主主义时期和社会主义建设时期是相应的。

（一）新民主主义时期刑事诉讼制度的沿革

新民主主义阶段的刑事诉讼法，又可划分为土地革命战争时期的刑事诉讼法、抗日战争时期的刑事诉讼法和解放战争时期的刑事诉讼法。第二次国内革命时期，中国共产党领导人民建立了十几个红色根据地，于 1931 年 11 月成立了中华苏维埃共和国中央工农民主政府，于 1931 年 12 月发布了《处理反革命案件和建立司法程序的训令》（第六号），又于次年发布了《裁判部暂行组织及裁判条例》，这是中国共产党最早制定的两个有关刑事诉讼程序的法规，是社会主义刑事诉讼法的萌芽。根据上述法规，工农民主政权从中央到地方设四级审判机关，实行两审终审制。中央设最高法院，地方设省、县、区三级裁判部；另在红军中设军事裁判所，分为初级裁判所和高级裁判所；在各级审判机关内设专职检察人员，在军事裁判所所在地设军事检察所，分别负责对地方和军队发生的刑事案件提起公诉；在中央设国家政治保卫局，省、县设政治保卫分局，区设政治保卫特派员，负责刑事案件的侦查、逮捕和预审。在刑事诉讼的原则和制度方面，主要规定了公开审判、巡回法庭、人民陪审员制度、回避制度、辩护制度、上诉制度、死刑制度、执行制度等。这些诉讼原则和诉讼制度，对于保障人民权利、巩固革命政权、维护革命秩序，发挥了积极的作用。由于受“左”倾思想的影响，苏区在“肃反”过程中，存在阶级斗争扩大化的趋向，曾发生过混淆两类矛盾、搞主观主义“逼供刑”的现象，使得这些制度和原则难以落实。尽管如此，这两个刑事诉讼程序方面的法规，已经初步确立了社会主义刑事诉讼程序的雏形。

抗日战争时期，各根据地如陕甘宁边区、晋察冀边区、晋冀鲁豫边区等，都根据党中央的路线、方针和政策，结合本边区的实际情况，颁布了为数不少的有关司法组织和诉讼程序的法律、法令。

解放战争时期，各解放区基本上沿用抗日战争时期行之有效的诉讼制度，同时也根据客观情况的变化和实际情况的需要，确立了一些新的刑事诉讼的原则和制度，如合法的传讯、拘捕和搜查程序，以及禁止使用肉刑和乱打乱杀，平反已决案件，便利群众的原则和制度。1949 年 2 月，中共中央发布《关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示》，这一文件的发布标志着新中国的法律制度包括刑事诉讼制度的发展进入了一个新时期。

（二）新中国成立初期刑事诉讼制度的发展

新中国成立初期，中央人民政府于 1951 年制定公布了《中华人民共和国法院

暂行组织条例》、《中央人民政府最高检察署暂行组织条例》和《各级地方人民检察署组织通则》。这些条例和法规确立了法院和检察署的职权，规定了人民法院审判刑事案件实行公开审判、回避和辩护等诉讼制度。

1954 年 9 月第一届全国人民代表大会第一次会议通过了《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国人民法院组织法》和《中华人民共和国检察院组织法》。同年 12 月还颁行了《中华人民共和国逮捕拘留条例》，规定了刑事诉讼的原则和制度：公安机关、人民检察院、人民法院依法独立行使侦查权、检察权和审判权；公、检、法三机关实行分工负责、互相配合、互相制约的原则；对一切公民在适用法律上一律平等；人民法院在审判案件时必须实行公开审判、辩护制度、人民陪审员制度、回避制度，以及死刑复核制度、两审终审制度、审判监督制度等。

（三）《中华人民共和国刑事诉讼法》的制定

《中华人民共和国刑事诉讼法》的制定可谓步履维艰，早在 1954 年，全国人大法工委即着手进行刑事诉讼法的起草工作，并曾拟出了草案和初稿。后因 1957 年的“反右”斗争，起草工作随即停止。后又曾于 1963 年 4 月形成《中华人民共和国刑事诉讼法（草案)》，因为“四清”运动和“文化大革命”，中国的法制建设陷入瘫痪，致使刑事诉讼法的起草、修订工作也处于长期停滞状态。

党的十一届三中全会以后，伴随着民主和法制建设步伐的加快，制定刑事诉讼法的任务也被提上日程。1979 年 2 月全国人大常委会法制工作委员会着手准备工作，以 1963 年的草案初稿为基础，经过反复的补充和修改后，提请第五届全国人大第二次会议审议，于 1979 年 7 月 1 日正式通过，7 月 7 日公布，该法于 1980 年 1 月 1 日起实施。至此，中华人民共和国第一部刑事诉讼法典正式诞生了。

总体而言，1979 年《刑事诉讼法》是与当时“拨乱反正”，社会需要安定团结的政治、经济和文化状况相适应的，是我国民主、法制建设的里程碑。这部法典，分为总则和分则两部分，共 4 编、17 章、164 条，基本上采用大陆法系的职权主义诉讼结构，吸收了新中国成立初期已经确立的刑事诉讼原则和制度，如：公安机关、人民检察院、人民法院在刑事诉讼中应该分工负责、互相配合、互相制约，以事实为根据、以法律为准绳，公民在适用法律时一律平等，司法机关独立行使职权原则，被告人有权获得辩护，回避、两审终审和审判监督等各项诉讼制度。自 1980 年 1 月 1 日施行以来的司法实践表明，这部法典在及时地惩治犯罪分子，切实有效地保护公民的合法权益、维护社会治安、保障改革开放和经济建设的顺利进行等方面，都曾发挥了重要的作用。

（四）《中华人民共和国刑事诉讼法》的修改

随着我国改革开放和社会主义建设事业的不断发展，特别是社会主义市场经济体制的逐步形成，我国的社会生活的各个领域发生了深刻的变化，刑事犯罪也呈现出新的特点和趋势，《刑事诉讼法》中的有些内容已不能适应形势的变化。客观的需要加之理论界和司法实践部门的强烈呼吁，对《刑事诉讼法》进行修改于

1993 年被全国人大法工委正式列入立法的日程。经过调查研究和广泛讨论，并反复征求各方面意见后，终于在 1995 年 12 月拟出了《〈中华人民共和国刑事诉讼法〉修正案（草稿）》，提交八届全国人大常委会第十七次会议审议。

1996 年 3 月 17 日，八届全国人大第四次会议审议并正式通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，对我国的《刑事诉讼法》进行了一系列重大修改，并于 1997 年 1 月 1 日起施行。条文由原来的 164 条增加到 225 条，除附带民事诉讼、期间和送达、死刑复核未作改动以外，其他的篇章都得到了重大的补充、修改，使得刑事诉讼制度沿着法制化、民主化和科学化的方向迈进了一大步。这次修改针对 1979 年《刑事诉讼法》本身存在的缺陷和司法实践中存在的问题，比较集中地解决了一批长期没有解决的和难以解决的问题，如收容审查、免予起诉、疑案的处理等。在指导思想上，不再片面强调打击犯罪，而是强调打击犯罪和保障人权的结合，并且在具体制度和程序上加强了对被害人和犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利的保障。这次修订在立足国情的同时，也吸收了一些国外的立法经验成果和联合国的一些刑事司法准则，如无罪推定原则、律师在侦查阶段介入诉讼、增设简易程序、文明执行死刑等。加强了对被害人合法权益的保护，赋予了被害人当事人的诉讼地位，肯定了被害人的申请回避、申诉权以及委托代理人参加诉讼的权利；同时扩大了被害人提起自诉的范围，规定被害人有证据证明存在犯罪事实而公安机关和人民检察院不追究犯罪嫌疑人刑事责任的，其可直接向人民法院提起自诉。吸收了对抗制诉讼的合理格局，对庭审方式作了重大修改。

对《刑事诉讼法》的修改顺应了改革开放的历史潮流，显示了依法治国的时代特征，初步体现了实体法和程序法并重的理念，是我国民主法制进程的一大里程碑。

当然，修正后的《刑事诉讼法》也并非尽善尽美，本身仍存在某些不足，在实施中也遇到了很多问题。如有的法律条文过于原则化，或者在表述上容易产生歧义；在制度方面，由于还缺乏很多相应的配套措施，导致已经进行的改革不能完全得到实现。为了解决这些问题，有关部门作出了相关的补充和解释。除此之外，随着经济体制和政治体制改革的进一步深化，随着我国与世界的联系日益加强和密切，面对新的历史潮流，对我国《刑事诉讼法》的再次修正和完善是不可避免的。

【问题与思考】

1. 外国古代刑事诉讼制度的类型及特征是什么？

2. 资本主义社会的刑事诉讼的本质及特征是什么?

3. 中国古代刑事诉讼法的特征是什么?

4. 制定1979年《刑事诉讼法》的历史背景是什么?

5. 修正后的《刑事诉讼法》对原《刑事诉讼法》作了哪些改动? 还存在哪些问题?

6. 案例讨论:

"辛普森案"

1994年6月12日深夜，洛杉矶西部，人们在一处豪华住宅门前发现了两具血淋淋的尸体。女死者是尼歌·布朗·辛普森，而她身后是餐馆的侍应生郎·高曼。死亡时间是晚上十点多。案发后凌晨，四名警察来到死者前夫——著名的黑人橄榄球明星辛普森住所，在门外发现其白色的汽车染有血迹，车道上也发现血迹。按铃无人回应，侦探爬墙而入，其中一名侦探福尔曼在后院找到一只染有血迹的手套和其他证据。案发当日警方传讯辛普森后将其释放；17日，辛普森驾车外逃时被捕，美国全国电视实况转播了在洛杉矶高速公路上的惊险追捕场面。

4天之后，警方公布了验尸报告和化验结果，尼歌喉管被割断，高曼身上刀伤达22处之多，而辛普森家中发现的那只皮手套上的血型与受害者的血型相同。据此，洛杉矶地方检察官指控辛普森犯有谋杀罪，警方执行了逮捕。辛普森被警方指控犯有双命血案，辛普森自称无罪。于是开始了一场历时474天的、震撼全美的"世纪审判"。

1995年1月，辛普森案件由日裔法官依藤主审。辩护律师指控主要警察证人福尔曼为种族歧视者，并找到一盒录像带，证明他在一个短时间内用过数十次"黑鬼"的字眼，这严重摧毁了福尔曼证词的可信性。辩护律师还进一步指控警察局另外有人为了种族偏见，故意栽赃嫁祸辛普森，假造证据。在审理中主控检察官突然要求辛普森在法庭上戴上手套，但辛普森竟然无法戴上。虽然控诉律师找到辛普森戴类似同一手套的照片，并且有专家佐证说手套溅染血液后会收缩，但是辩护律师也请专家佐证说不会如此收缩。

最后，控诉人指出辛普森多年来暴力虐妻，加上血迹和染血手套铁证如山，力劝陪审团绝对不要让辛普森逍遥法外。而辩护律师则强力攻击控方证据的漏洞，特别针对被告手穿不进血手套，同时攻击证人是种族歧视者，强调控方没有足够的证据，要求陪审团判决无罪。在所有人的震惊中，由10名黑人、1名白人、1名西班牙人后裔组成的陪审团裁决辛普森两项杀人罪名均不成立。辛普森最后作为一个自由人被释放。

问题:

(1) 结合英美法系国家刑事诉讼模式的特征，分析辛普森被判无罪的原因。

(2) 结合本案，谈谈我国刑事诉讼制度与外国刑事诉讼制度的区别。

第三章 刑事诉讼基本范畴

第一节 刑事诉讼目的
一、刑事诉讼目的的概念
二、刑事诉讼程序目的的两个层次
三、刑事诉讼程序目的引申出的主要规则

第二节 刑事诉讼价值
一、刑事诉讼价值的概念
二、刑事诉讼程序的正价值
三、刑事诉讼程序的负价值
四、刑事诉讼价值引申出的主要规则

第三节 刑事诉讼结构
一、刑事诉讼结构的概念
二、刑事诉讼程序结构
三、刑事诉讼结构引申出的主要规则
四、当事人主义和职权主义两种诉讼模式的比较

第四节 刑事诉讼结构中各主体的诉讼地位
一、控、辩、审各方的基本诉讼地位
二、控、辩、审各方内部关系
三、庭前程序中的审、控、辩关系
四、证人的诉讼地位

本章概要

刑事诉讼兼具实现国家刑罚权与保护人权之目的，在双重目的的辐射下，引出了刑事诉讼价值中公正与效率、实体真实和程序真实的冲突与协调。控（侦、检）、辩、审三方的关系体现在刑事诉讼中即为刑事诉讼结构，控辩平衡、控审分离、辩护独立无疑是诉讼结构科学、民主、稳定的保障与体现，亦是我国优化诉讼结构的方向。

关键术语

刑事诉讼目的　刑事诉讼价值　程序正义　刑事诉讼结构

第一节　刑事诉讼目的

一、刑事诉讼目的的概念

刑事诉讼目的是一个较为宽泛的表述方法，本身包含以下三个概念：

一是指刑事诉讼活动的目的，即刑事诉讼活动所要达到的目标。刑事诉讼活动是一个动态的概念，即刑事诉讼实践活动或刑事诉讼行为。刑事诉讼活动所要达到的目标与刑法的目标是相同的，从刑法角度讲，“徒法不足以自行”，刑法需要通过刑事诉讼活动确保自身得以实现。

二是指刑事诉讼法的目的，即制定刑事诉讼法所要达到的目标。制定刑事诉讼法的直接目标是确立一套力求科学的刑事诉讼程序。所谓力求科学的刑事诉讼程序，是指适合本国情况的现实的刑事诉讼程序，主要考虑的是刑事诉讼公正与效率的协调问题。不同国家的刑事诉讼制度的区别，归根结底是公正与效率的比例问题，这也是刑事诉讼立法最难把握的地方。如果一个国家强调对犯罪的控制，体现在刑事诉讼立法上必然更多地考虑效率因素；反之，如果一个国家强调对人权的保护，体现在刑事诉讼立法上必然更多地考虑公正因素。但在刑事诉讼立法上总体上体现公正优于效率是一条不可动摇的原则。刑事司法如果失掉了效率，还可以认为是刑事司法；但如果失掉了公正，则失去了刑事司法的生命。研究刑事诉讼法的目的，其意义主要在于在限制国家司法权力和保护人权之间寻找平衡点，最终实现公正与效率的调和。由于公正与效率的最佳结合是程序公正的本质，故而，也可以说刑事诉讼法的目的就是实现程序公正。

三是指刑事诉讼程序的目的，即刑事诉讼程序本身所要实现的目标。刑事诉讼程序以直接追求程序公正为目标。刑事诉讼程序的目标与刑事诉讼法的目标的区别在于，刑事诉讼程序本质上只追求公正，并不考虑效率，而刑事诉讼法则要

兼顾效率，或者说刑事诉讼程序关注的是通过实现程序公正确保实体公正，而刑事诉讼法则要在兼顾效率的同时对刑事诉讼程序进行必要的限制或削减。总之，刑事诉讼程序直接追求程序公正，刑事诉讼法直接追求程序正义。

二、刑事诉讼程序目的的两个层次

刑事诉讼程序目的是体现刑事司法本质的基本理论的核心内容。

理解刑事诉讼程序目的，有必要从最终目的和直接目的两个层次上思考。刑事诉讼程序的最终目的是保证刑事诉讼活动能够实现刑法的目标（即不枉不纵）。刑法作为实体法，因本身存在依靠自身无法克服的固有缺陷而需要程序补救。实体法的一个普遍性缺陷就是自身存在很大程度的不确定性，为了弥补这个不确定性，法律程序才应运而生，意图通过程序来消除纷争。正如日本法学教授谷口安平所说："我们的世界已变得越来越错综复杂，价值体系五花八门。常常很难就实体上某一点达成一致。一个问题的正确答案因人而异，因组织而异。程序是他们唯一的能达成一致的地方，而且他们能达成一致的唯一程序是能保证程序公正的程序，因为他们一旦同意了程序，则无论是何结果，都必须接受所同意的程序带来的结果。"① 刑法追求的目标不能简单地看作是控制犯罪，这是传统观点。事实上，一部刑法典之所以要对犯罪的概念与外延以及量刑标准作出力求准确的界定与规定，其目的显然是希望定罪量刑严格按法定标准，实际上追求的是既不能使有罪者逃脱惩罚，也不能使无罪者受到刑罚惩罚的"不枉不纵"的双重效果，它把打击和保护看得同等重要。这是刑法的理想，也是刑法的实体正义的内涵。然而，在具体的司法实践中人们发现，实现刑法的"不枉不纵"的双重目标并非想象的那么简单，一个非常明显的问题是，刑法不可能把犯罪的内涵与外延规定得天衣无缝，更不可能描述每一个案件的实际的证据标准，由此直接导致了人们在犯罪事实是否清楚、定罪是否准确、量刑是否适当等问题上，形成不同甚至完全相反的看法，并陷入争论的僵局，再加上一部分人的偏见和对刑法的有意曲解，使得形成一个准确的判定更为困难。刑法所存在的这种固有缺陷单靠刑法自身是无法解决的，需设置刑事诉讼程序予以补救。

刑事诉讼程序的直接目的相对于最终目的是一种手段或方法，即实现最终目的的方法。那么，刑事诉讼程序通过什么样的方法来实现最终目的呢？

首先，设置国家刑罚权。从理论上讲，上述刑法的固有缺陷所引起的刑法实施上的困难与纷争直接促成了立法者用立法的形式确立国家刑罚权，其直接目的在于把收集证据、认定事实和确立刑罚的权力交给国家的司法机关统一行使，企图用权力来消除纷争与偏见，即由司法机关（主要指法院或法官）在争论不休时

---

① 宋冰编：《程序、正义与现代化》，376页，北京，中国政法大学出版社，1998。

进行最终的、权威性的判定。

其次，起诉权和审判权分立与制衡是刑事司法程序公正的第一步。我们知道，国家刑罚权是要靠人来实施的，而人性所固有的偏私、恣意、专断极易使权力出现滥用而走向腐败。正如法国思想家孟德斯鸠认为，自由只存在于权力不滥用的国家，但有权者都容易滥用权力却是一条万古不变的经验。有权力的人们使用权力一直到有界限的地方才休止。[①] 这种权力腐败将直接导致程序不能实现正义，故而实现起诉权和审判权的分立与制衡是限制国家刑罚权的首要一环。所谓分立，是指起诉权和审判权由不同的机关行使。所谓制衡，是指一方面，审判程序的启动由起诉机关来决定，没有起诉就没有审判，并且起诉机关对错误审判有权上诉；另一方面，案件的最后决断由掌握审判权的法官进行。事实上，资本主义在完善刑事法治的过程中所完成的检审分离的历史背景，就是封建时代实行纠问式诉讼所导致的审判权失控和对人权的肆意践踏。

最后，辩护权对起诉权的直接制衡和辩护权对审判权的间接制衡。起诉的主要职能就是对犯罪的控诉，它占有诉讼原告的地位，对这种权力的限制最简捷的办法就是设计被告人的辩护权予以抗衡，这种抗衡与起诉几乎同时运作并且在具体的证据调查和审理中始终相伴，形成一种直接抗衡。辩护权对审判权的间接制衡在于：对于不利于被告人的错误裁判，被告方有权提出上诉。

总之，刑事诉讼程序的直接目的，一方面表现为限制国家司法权力，另一方面表现为保护人权。倡导保护是目的，打击是手段，二者冲突时保护优先。

三、刑事诉讼程序目的引申出的主要规则

刑事诉讼程序目的并非只是抽象的理论，立法者在制定刑事诉讼法时基于公正优先的理念，要把实现刑事诉讼程序目的作为首要任务，具体办法是制订一系列程序规则。最明显体现刑事诉讼程序目的的程序规则是无罪推定和犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权。

无罪推定的基本含义是在正式确定被告人有罪以前先假定其无罪。正式确定指审判机关作出判决。判决以前，侦查、起诉机关只有认定权，没有正式确定权。正式确定是法院的处分权。刑事司法是揭露、证实犯罪的过程，由于这个过程的一些固有特点，犯罪嫌疑人、被告人可能处于相当不利的地位。一是由于控诉方在立案的时候接到的均是被害人的有罪控告，这就使控诉方心理上不可避免地先入为主，公安、司法人员往往首先想到的是犯罪嫌疑人、被告人有罪，而接下来的侦查、调查似乎是为了证明有罪而进行的“补充性”活动。不仅如此，案件起诉至法院后，法官首先看到的是起诉书，也存在先入为主的现象。这就在事实上

① 参见［法］孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》，上册，66页以下，北京，商务印书馆，1985。

形成了有罪推定。为此，控诉方可能为了证明犯罪嫌疑人、被告人有罪而不择手段地收集证据，包括采取刑讯逼供的方法。二是立案是控诉方拥有的权力，为了防止犯罪嫌疑人、被告人逃跑、自杀、毁灭证据或继续犯罪，往往必须对被告人预先采取拘留、逮捕等强制限制人身自由的方法。这些措施客观上给犯罪嫌疑人、被告人造成了心理压力，较严重地影响了犯罪嫌疑人、被告人的申辩，而且使一般公民形成了一种被告人有罪的普遍观念。因为，既然已经依据一定事实采取了强制措施，那么，犯罪嫌疑人、被告人一般地讲应当是有罪的。刑事司法的这些固有特征使得整个刑事司法活动极有可能形成一种对刑事被告人的以强凌弱的局面，使得控、辩力量出现倾斜，这就违背了控、辩均衡对抗的刑事诉讼程序的基本理论，直接后果表现为严重影响了控、辩双方的积极性。因为，对于控诉方来说，既然一开始就把被告人看作有罪，以后的工作不过是收集证据证明的问题，故而思想上缺乏压力。对于被告方来说，既然已经形成有罪推定气氛，而且自己又被预先采取了强制措施，被告人可能会产生有口难辩的想法，甚至在身不由己的不利境况下可能出现精神上的崩溃。在控、辩双方两个积极性均不能有效发挥的情况下，再加上法官、陪审官可能形成的先人为主，能不能保证客观、公正地解决案件，显然很成问题。正是为了改变这种不正常现象，无罪推定的诉讼原则便应运而生了。显然，无罪推定是直接针对有罪推定而提出来的，而且，刑事诉讼的历史发展也证明了这一点。无罪推定的作用首先是观念性的。这不仅是针对起诉方提出的，更是针对审判方提出来的。这种观念性改变的积极意义首先表现在有效地调动了控、辩两方的积极性。对于控诉方来说，虽然已经依据被害人的控告立案，而且也对被告人采取了强制措施，但被告人预先是被假定无罪的。这就造成了一种心理压力：不能证明有罪就是无罪。要想推翻原来的假定，必须扎扎实实进行调查，以求收集到确实、充分的证据。而且对一个无罪的人肆意刑讯逼供，无论如何是没有道理的。这就在控诉方的心理上造成了一种遏制。对于被告方来说，既然假定自己是无罪的，就应当毫无顾忌、理直气壮地行使辩护权利，充分进行举证、证明活动；同时，被告人心里也十分清楚所谓无罪也只是一种假定，如不认真对待，可能造成判决不利于己的后果。这就自然激发了被告方的积极性。就整个刑事诉讼过程来看，无罪推定原则形成了这样一种气氛，即揭露和证实犯罪是从最坏的角度来着想的，即被告人最初大不了是一个无罪的人。以这种认识作为出发点，可以保证整个诉讼过程对证据的运用发挥出最大效用，由此有效地防止冤假错案的发生。从最坏的角度去设想，用最大的努力去争取，这也是我们从事任何工作的准则。确立这样的出发点，也符合认识规律。认识应当以实践为基础，从根本意义上讲，不可能先认识再去实践。如果我们预先设置一个认识的框框，再到实践中去凑材料，就不可能最大限度地避免失误。有罪推定就是预先用有罪这样一个认识的框框加以限制，然后再去收集证据材料，企图让实践去符合自己的认识，这就明显违背了认识规律。无罪推定则是从零开始，预先

未设置认识框框，通过实践去检验到底是有罪还是无罪，而并不是先设置无罪框框然后再去证明无罪。如果是这样，刑事诉讼过程就失去了意义。因此，不能说无罪推定是用无罪的先入为主代替了有罪的先入为主，二者是根本不同的认识过程。在刑事诉讼程序结构中，无罪推定与下述规则协调一致地发挥作用：其一，举证、证明责任的分担以控诉方先负举证、证明责任为原则，而且这种举证、证明责任主要以义务的形式表现出来，被告没有证明自己无罪的义务，不得强迫被告人证明自己有罪。其二，实行“疑罪从无”和有利于被告原则。如果控诉证据和辩护证据实力相当，应作出有利于被告人的解释，只要辩护使得控诉成为疑问，就应当宣告被告人无罪，或者说只要整个证据系统存在某一点合理怀疑，就认为控诉失败。其三，坚持“宁纵勿枉”原则，即宁可放纵一个有罪的人，也不能冤枉一个无辜的人。

犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权规则的意义在于，犯罪嫌疑人、被告人对于公安、司法人员的讯问、审问有权自由决定他在什么情况下发言，而在什么情况下不发言。从理论上讲，沉默权的积极意义主要有以下几点：其一，沉默权有利于司法程序结构上的控辩平等。司法程序结构理论认为，控诉方凭借国家资源优势易形成控诉强于辩护的事实上的不平等，为纠正这种不平等，需要设置无罪推定、沉默权和举证责任由控诉方承担等一系列权利、义务，举证责任由控诉方承担直接加大了控诉的难度，无罪推定和沉默权则直接强化了犯罪嫌疑人、被告人的防御力量。这样的制度设置体现了刑事诉讼对控辩平等的追求，沉默权是手段之一。其二，沉默权是实现无罪推定和控诉方承担举证责任的一个重要措施。理论界一般认为，在无罪推定、控诉方承担举证责任与沉默权三者之间，无罪推定是较为原则性的要求，控诉方承担举证责任和沉默权则使无罪推定实现了具体化，二者缺一不可，否则，无罪推定原则的实现将大打折扣。其三，沉默权较明显地体现了对公民权利的尊重与保护。从实务方面讲，沉默权突出的优点是有利于防止刑讯逼供。沉默权的消极性主要体现为两点：一是加大了侦查工作的难度，并在一定程度上放纵了犯罪。理由在于犯罪嫌疑人、被告人保持沉默，理论上控方除了警察利用口供破案的捷径而不得不大量收集旁证材料定案，这在某种程度上使一些本来可以破获的疑难案件无法破获而放纵犯罪。二是加大了司法资源的投入。为克服因沉默而引起的侦查困难和避免放纵犯罪，需要加大强化侦查破案的投入和加大强化警察培训、教育的软件投入。比较沉默权的利与弊，我们看到，沉默权的利大于弊应该是不成问题的，这也是现代世界大多数国家肯定沉默权的直接原因。沉默权具有实体和程序双重意义。问题提出来源于这样的质问：犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权与罪犯享有沉默权是不是同一个概念？问题的症结在于：从程序上讲，由于刑事诉讼实行无罪推定原则，在法院判决生效前一律推定被告人为无罪，为了实现控辩平等和保护犯罪嫌疑人、被告人的人权，以防止发生冤假错案，赋予其沉默权是十分必要的。而从实体上讲，真正的犯罪人是不享

有沉默权的，很显然，犯罪人已经肆意实施了杀人、抢劫等侵害他人人权的行为，难道法律还要保护或鼓励他不说出真相吗？犯罪人有坐牢和被砍头的义务，难道连忍受讯问的义务也没有吗？当然，从实体的另一个角度讲，真正的无辜者当然享有沉默权，因为他无法说出“真相”，说出来就产生冤假错案，因而无辜者否认犯罪、进行辩解是顺理成章的权利。然而，难题在于，在法院判决有罪以前，谁是真正的犯罪人至少在理论上尚不清楚，法律为了贯彻“宁纵勿枉”的司法理念，只好普遍性地赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权。正是因为沉默权存在上述实体和程序上的两难选择，现代许多国家如法国、德国、意大利、美国、英国、加拿大、新加坡、日本等都对沉默权的适用增加了一定限制，这些限制主要指如果控诉方实施有说服力的举证，而被告人仍然保持沉默的话，法官将作出不利于被告人的推论或解释。这种限制实际上隐含着推定默认的意义，它比较明显地体现了不鼓励真正的罪犯不说出真相的立法意图，也体现了上述国家对沉默权的实体、程序困境的一种协调。

第二节　刑事诉讼价值

一、刑事诉讼价值的概念

在比较宽泛的意义上讲，刑事诉讼价值与刑事诉讼目的是同等程度的概念，比如刑事诉讼程序的目的是实现程序公正与实体公正，也可以说刑事诉讼程序的价值是实现程序公正与实体公正。但在比较严格的意义上讲，二者是有区别的：刑事诉讼价值可以说是刑事诉讼目的的进一步展开，其实质是对刑事诉讼目的的评价。它解决的问题是检讨刑事诉讼实现目的的可能性的大小，既要关注刑事诉讼在实现目的方面的积极作用，即所谓正价值，也要关注刑事诉讼在实现目的方面的消极作用，即所谓负价值。

刑事诉讼作为一种活动的价值，依赖于刑事诉讼法的价值；而刑事诉讼法的价值又以刑事诉讼程序的价值为基础或前提。因而，研究刑事诉讼程序的价值对于理解刑事诉讼价值具有关键作用。

二、刑事诉讼程序的正价值

一般意义上，可以把刑事诉讼程序的价值与刑事诉讼程序的功能看作是同等程度的概念。(功能与作用是有区别的：前者是内在的，后者是外在的。)

刑事诉讼程序的正价值体现为以下三个方面：

第一，刑事诉讼程序为实现实体公正（实质真实或实体真实）提供了程序空间。实体上正确解决案件也叫作实现实体公正，即正确认定事实和适用法律。刑事诉讼程序要把有利于查明案件真相并对真相进行准确评判的有效方法或经验，

用程序规则的形式固定下来。这方面核心的问题是遵循证据运用的客观规律。刑事诉讼为了实现实体正义，须在具体的诉讼过程中先后着重解决两方面的问题：一是纠纷的事实真相到底如何？二是对这种事实真相如何评价，包括谁侵害了谁，侵害的程度有多大，如何作出合理、合法的裁决来准确地恢复受害一方受到的损失。这是刑事诉讼所要追求的首要目标。就第一个问题来说，事实真相到底如何，不能靠法官的主观猜想，也不能靠神明裁判，办法只有一个，那就是依据纠纷双方所提供的说明纠纷发生、发展过程的各种证明材料，即证据。而这些证据不仅有时真假难辨，而且一个普遍的现象是，纠纷各方总是从有利于自己的角度提出证据（包括伪证），而回避不利于自己的证据（也包括伪证）。就第二个问题来说，事实真相已经明了（当然达到绝对的实质真实从理论上讲不可能，只能实现程序真实，即通过法律程序确认了事实或推定事实）并非意味着问题就迎刃而解了。面对同样的事实，纠纷双方都可能推卸责任，都可能极力提出自己的观点证明自己是对的、对方是错的（包括狡辩和强词夺理），越轨行为的实施者是对方而不是自己；原告总是夸大受到的损害，不仅包括直接损害，也包括间接损害，而被告总是极力陈述损害是轻微的，出现所谓“公说公有理，婆说婆有理”的现象。可见，无论在事实的认定上还是事实的评价上，纠纷双方或者说原、被告双方，一般存在明显的对抗。在这种情况下，程序结构设计的第一个要求是为原、被告双方提供充分、平等的发言机会，以便让证据更加全面、充实，不允许限制一方、鼓励另一方。“经验表明，当富有探索进取精神的诉讼双方面对面直接交锋时，真理就愈有可能被发现。如果所提出来的证据都是恰如其分的，那么，这对于一个公正的陪审团来说，真理就是非常明显不过的了……辩论制的运用可以抵消那种在还没有听完全部事实的情况下就匆忙作出决定的天然倾向。”① 第二个要求是作出最终判决的人应是一个人或一个特定的组织，这就是法官。每个人对原、被告双方的辩论都可能作出不同的评判，但为了维护法制的权威和统一，需要赋予法官以裁判权，实质上表现为法官有作出自己判断的自由。司法程序的上述两方面的价值比较明显地体现了程序结构的基本轮廓：一是控、辩均衡对抗；二是法官居中裁判。

第二，刑事诉讼程序为防止司法腐败提供了程序保障。科学的刑事诉讼程序有利于限制诉讼主体的恣意妄为。在诉讼过程中，司法权事实上以国家财力为后盾，相对于原告与被告的起诉权、应诉权而处于先天性的优越地位。这使得司法程序限制恣意的主要任务转向以一方面限制司法权力、另一方面保护当事人诉讼权利为主。而司法权在一般意义上以审判权为典型代表。限制审判权并保护当事人权利则是司法程序的核心。限制审判权的方法当然是以保障审判权中立为目标

---

① ［美］小查尔斯·F·亨普希尔：《美国刑事诉讼——司法审判》，第1册，112页，北京，北京政法学院刑事诉讼法教研室编印，1982。

的，即设置一套程序规则以限制和影响法官不得不走中立的道路而无法徇私枉法：一是对审判权本身进行直接限制。现代世界多数发达国家所采用的陪审团制度的实质就是运用分权和参与的方法对审判权进行直接限制：前者以英美法系国家为代表，陪审团一般决断事实，法官则适用法律；后者以大陆法系国家为代表，由法官与陪审团共同决断事实和适用法律。二是如前所述，实现起诉权和审判权的分立与制衡、辩护权对起诉权的直接制衡及辩护权对审判权的间接制衡。

第三，科学的刑事诉讼程序有利于实现程序公正。刑事诉讼的程序公正实质是刑事诉讼程序的实质保障功能和正义宣示作用的综合性效果。科学的刑事诉讼程序保证了法官能真正全面地听取案件正、反两方面的意见，使司法程序结构系统对信息的处理更加准确，使认定事实和适用法律做到恰如其分；正确协调了诉讼主体之间的关系，比如控、辩、审三方的关系和它们各自的内部关系，使诉讼主体职责分明、相互制约，从而有效地防止了诉讼主体的人情和恣意对诉讼过程产生的干扰，从而在保证程序公正的基础上维护判决的正确性和权威性。这是刑事诉讼程序的实质保障功能。此外，刑事诉讼过程本身又是一个有规则的、看得见的程序操作过程，这个过程具有向当事人和社会宣示正义的作用。宣示作用在于让社会公众和当事人亲眼看到程序的运作过程的公正无私，否则，案件的判决即使是正确的，也会引起社会和当事人的种种猜疑。将程序公正视为看得见的正义，其实是英美人的一种法律传统。这源于一句人所共知的法律格言："正义不仅应得到实现，而且要以人们看得见的方式得到实现（Justice must not only be done, but must be seen to be done）。"公正的外表和事实上的公正同等重要。实质保障和程序宣示使得刑罚权的合理运作过程变成了一种能够最大限度保证实体正义得以实现的可把握和可操作的程序公正过程，它的含义在于，只要国家刑罚权的运作正常进行，就可以保证实体正义得以实现，也就可以避免人们因单纯追求实体正义而出现的并可能导致更多冤假错案的那种无序或混乱状态。刑事诉讼运作的过程本身将被视为权威性的、决定性的、独立性的过程，即只要实现了刑事诉讼的正常运作，实体正义就推定为已经实现，或者说过程正确不用担心结果会发生错误。程序公正的可操作性使得程序公正摆脱了实体正义的"阴影"而走向独立。人们必将把程序公正作为可把握的、固定的、简洁的目标追求。

三、刑事诉讼程序的负价值

绝对的正义，就是绝对的不正义。

——【古罗马】西塞罗

刑事诉讼法规定的刑事诉讼程序是现实的刑事诉讼程序，它是立法者对公正与效率选择的结果；而纯粹理念意义上的刑事诉讼程序并不包含效率，效率相对于刑事诉讼程序而言只是一种外在价值，它只是一种政治性目标而非司法性目标。

由于刑事诉讼效率的极端重要性和刑事诉讼效率与刑事诉讼程序的天然排斥性，刑事诉讼程序的负价值主要体现为与刑事诉讼效率的冲突。合理协调公正与效率的关系成为克服刑事诉讼程序负价值的主要方式。

作为刑事诉讼程序公正核心的程序公正的理想目标是，对每一起刑事案件的解决都能实现准确认定事实和适用刑法并实现百分之百的实体正义。这是一种纯粹理性。然而，把程序公正在实践中予以推行时却受到许多现实因素的制约，比如经济发展水平、政治体制、传统文化、执法者的素质等。而关系最为密切的是诉讼效率对程序公正的冲击，如何协调公正与效率以最大可能实现正义属于实践理性的主要内容。刑事诉讼程序公正的纯粹理性要求依据公正程序所进行的活动以探求实质真实为目标，并不要求遵循在特定的时限内完成诉讼的效率原则，最多不过强调避免不必要的拖延这一常识问题。但国家为了有效控制犯罪必然要求司法机关加快办案速度，并使这种政策性的效率要求不同程度地体现在刑事诉讼立法中。然而，更重要的问题是，"仅仅效率原则本身不可能成为一种正义观"①，一般而言，提高效率将使公正作出不同程度的让步，二者存在一种本质上的对立，因为提高效率一般要求相对放宽对国家刑罚权的限制并相对减少或缩短控辩双方对抗的机会和时间，如此则必须容忍办案错误率的一定程度的增长。所以，一个国家的刑事诉讼法在确定现实的刑事诉讼程序时应合理协调公正与效率的关系。

效益是公正与效率交互作用的结果。司法效益，只不过是把经济学上关于效益概念的理念或精神运用于司法过程的评价而已，即从总体上评价司法程序的各种有形、无形投入和司法效果之间的比值关系。而且这种比值关系，不仅包括社会或国家的司法投入与司法效果之间的比值关系，而且包括个人或个体的司法投入与司法效果之间的比值关系。所以，司法效益在广义上只不过是对司法程序本身的利弊进行比较的结果：如果利大于弊则是有效益的；反之，则是无效益的。理想的司法程序追求的是尽可能提高其利。诉讼是解决纠纷的法律制度，其经济原则和效益原则要求我们必须对以下两方面进行比较：（1）诉讼的投入。这又包括两个方面：1）诉讼的经济投入。主要包括：第一，诉讼的基本建设投入，如诉讼立法机关、司法机关的土地、房屋等不动产和机器、设备等动产的投入。第二，诉讼立法、司法人员的工资投入及各项办公费用。第三，国家和当事人负担的诉讼费用支出（不包括上交财政的案件受理费）。第四，羁押、监管和执行费用。第五，当事人的其他费用，如差旅费等。2）诉讼的负价值。对诉讼的负价值作定量分析比较困难，从定性的角度来看，诉讼的负价值包括：第一，当事人因诉讼而耽误工作，即在诉讼期间不能或很难参加社会劳动创造财富。第二，当事人精神上的压力，如因期待判决而造成的情绪低落和焦急。第三，诉讼造成当事人双方

---

① ［美］约翰·罗尔斯著，何怀宏、何包钢、廖申白译：《正义论》，67页，北京，中国社会科学出版社，1988。

一定程度的人际关系的紧张。诉讼一方面在解决纠纷，另一方面又制造了纠纷。第四，把越轨行为者投入监狱特别是剥夺其生命给本人、家庭和社会造成的损失。第五，采取强制措施造成了对人权一定程度的侵犯，增加了当事人的痛苦和紧张，一定程度上可能激化矛盾。（2）诉讼的收入。诉讼活动所生产的不是物质产品，很难用数量的形式来衡量，而且诉讼只不过解决了人们权利、义务上的合理分配，其中包括财产的分配。就财产分配来说，不仅总量上也未增加，而且本身还耗费了相当大的一部分投入。所以，对诉讼的收入似乎只能作如下两方面的估计：其一，诉讼合理解决了当事人之间权利、义务上的分配，解决了纠纷，惩治了越轨行为，使得当事人特别是权利享有者心情舒畅、愉快地重新走出法庭去，参加社会生产创造财富。在很多情况下，诉讼也可以教育侵权行为人，使他认识到自己行为的错误，最终矫正不良行为，并愉快地投身于社会生产。诉讼通过及时解决纠纷防止了纠纷双方因冲突的发生给他们各自参加社会生产造成的人为阻碍，甚至防止了可能因矛盾激化而造成的更严重的后果。其二，良好的法制教育作用。概括而言，诉讼的收入表现为通过维护公正促进了生产力的发展。

把诉讼的投入和收入进行比较，如果收入大于投入，就认为诉讼是有效益的。为了尽量增大诉讼的效益，有一个问题必须考虑，那就是就个案来说，诉讼的收入一般是固定的（不排除在不同国情、形势和经济发展阶段同样的案件给当事人双方和社会造成的效果的差别），这就告诉我们，为了最大限度地追求诉讼的效益，基本措施在于在不影响办案质量的前提下尽量减少诉讼投入。增加司法投入一般以案件数量的增加为条件。就目前理论界对司法效益的研究来看，一部分人还从另一种意义上来理解司法效益，即把司法投入局限于司法资源的财力投入①，不包括诉讼的负价值。至于对诉讼收入的估价，则与一般意义上的司法效益的收入估价是一样的。我们看到，两种意义上的司法效益概念并无本质区别，只不过一般意义上的司法效益概念比仅仅考虑财力投入的司法效益概念更全面、更准确而已。这是因为诉讼的经济投入与诉讼的负价值并无本质区别，也没有分离的必要，经济投入和诉讼负价值本质上都属于诉讼“花费”。

司法效益作为一种对司法投入和收入的估价，概念本身是十分明确的，它包括的基本理念是在保证一定的公正效率水平不变的情况下尽可能减少司法投入，即追求一种利益极大化原则。司法以公正为先，效率不能大于公正，要防止效率越高效益越大的误解。这样，效益与公正、效率以及司法投入之间的相互关系似可用以下公式来表示：效益＝（案件数量×公正）/（效率×司法投入）。上述公

---

① 曾任芝加哥大学教授的波斯纳（Richard A. Posner）就是在此种意义上研究司法效益的。他认为，刑事审判活动的经济耗费主要包括两种：一是由于刑事判决的错误所造成的耗费，也叫做“错误耗费”（error costs）；二是在进行审判、制作刑事判决过程中所直接产生的耗费，也叫做“直接耗费”（direct costs）。刑事审判的目的就在于最大限度地减少上述两种耗费。

式在案件数量不变的情况下包含以下命题：其一，在公正效率不变的情况下，司法投入越低，效益越高；其二，在效率和司法投入不变的情况下，公正越高，效益越高；其三，在司法投入不变的情况下，效益取决于公正与效率的比值关系；其四，在效率不变的情况下，增加司法投入必须以增加同等程度的公正为前提；其五，在司法投入不变的情况下，要想提高诉讼效率，必须以提高同等程度的公正为前提。由此我们看到，司法效益是一个综合性的概念，它反映的是公正、效率与司法投入之间的比值关系，本身无法和公正、效率并列而作为一个单独的价值目标。波斯纳曾认为效益与正义是同义词，他曾明确宣称："正义的第二种意义，简单说来就是效益。"[①] 从司法目的角度来分析，司法目的既可以看作是为了实现正义，也可以看作是为了实现效益。正义并不仅仅指司法公正，而是包含了效率与司法投入的一种综合效果，它与司法效益当然是同义词。波斯纳的论述是十分精辟的。由于司法投入包括国家投入、当事人投入和诉讼负价值三个方面，故而上述公式又可表述为：效益＝（案件数量×公正）/［效率×（国家投入＋当事人投入＋诉讼负价值)］。

四、刑事诉讼价值引申出的主要规则

在我们国家，贯穿政治理论长期发展历史和宪法发展历程的最难以裁决的案件是存在两种相互冲突价值的案件，每一价值都应得到应有的尊重，但他们却相遇在此消彼长的竞争中。

——【美】伦奎斯特

刑事诉讼欲最大限度实现其价值，须遵守以下两项最基本的规则：

第一，程序真实先于实体真实。实体真实指诉讼所要揭示的案件的本来面目，它只是诉讼的理想化目标。由于诉讼客体——案件事实均是过去发生的行为，人们需要依据这种事实的遗留形态——证据去推断原来案件事实的本来面目。又由于对证据的判断从理论上讲不可能达到绝对的准确，所以，绝对意义上的真实即实质真实，从总的方面讲，是诉讼不可能完全达到的。人们的目的只能是无限靠近于案件的本来面目。程序真实是通过诉讼程序推定的真实，也就是程序意义上的真实。这个真实是人们通过判断证据得出的认为正确的结论，比如，判决书认定的真实，就是程序真实。程序真实和实体真实从哲学上讲不可能绝对吻合，程序真实只能最大限度、最大可能地接近实体真实。刑事诉讼程序是为了保证程序真实最大限度、最大可能地接近实体真实而设置的程序规则或形式，这个模式从理论上讲，就是要达到证据运用的科学化，但是，程序本身又是人类认识的产物，再加上程序本身的局限性（主要是程序本身不可能绝对消除人情与恣意），所以，

① ［美］波斯纳：《法律的经济分析》，1页，美国 LittleBrown 公司，1972。

不管刑事诉讼程序结构设置多么精巧，都不可能保证冤假错案绝对不发生。刑事诉讼程序结构最多只能实现程序真实。程序真实先于实体真实的含义是：其一，坚持程序可以在绝大多数情况下实现实体真实；其二，坚持程序可以避免人们在实体问题上的恣意与纷争；其三，在程序与真实发生冲突时应选择程序，为追求某个具体案件的真实（比如为追求打击犯罪而实施司法暴力）而破坏程序制度的代价是高昂的。

第二，公正优于效率。公正优于效率即所谓公正优先原则。如前所述，公正是刑事司法的生命，效率只不过是一种外在价值。合理协调二者的关系应把握下述原则：首先，现实的刑事诉讼程序应奉行公正优先的最基本原则。效率对公正的“侵蚀”在不同的程序中程度不同：行政程序受效率的影响最大，根本原因是行政活动从本质上讲是以效率为主的，非此不能保证国家行政机关完成对庞大、复杂的社会的行政管理职能。公正对效率让步最小的是刑事诉讼程序，这是因为刑事司法是与人权保护关系最密切、最敏感的活动，它倡导“宁纵勿枉”的司法原则，所以现实的刑事诉讼程序奉行公正优先的原则。其次，现实的刑事诉讼程序设计在考虑效率要求时，一要保证纯粹的刑事诉讼程序公正所要求的基本结构不致遭受根本性的破坏，二要努力寻找一种公正与效率的调和手段。就第一个要求来讲，对控、辩均衡对抗与法官居中裁判的“等腰三角结构”的基本格局不能因顾及效率而进行过多的改造，特别是控、辩平等是带有极强程序性的核心要件，无论如何改造也不能使控、辩形成不平等。比如，如果因考虑效率而使控诉高于辩护，那么，刑事诉讼活动就成了效率优先，这与程序公正是背道而驰的。我国现行刑事诉讼程序就存在控诉高于辩护的现象，比如作为控诉职能承担者的人民检察院的法律监督职能依然存在，辩护方的地位相对较低，这较为严重地影响了程序公正。实现控、辩的真正平等应是我国刑事司法制度改革的基本目标之一。就第二个要求来讲，实现公正、效率调和的任务是寻找并设置一些既能保证公正，又能提高效率的程序机制。公正与效率虽然存在本质上的对立，但并不能认为二者是水火不相容的。正如美国经济学家奥肯认为：“提出平等与效率的抉择问题，当然不意味着每件对一方来说是好的事情，就必然对另一方是坏的。”[①] 相互对立的事物如果能找到结合点，往往能产生神奇的效果。对于公正、效率调和的程序机制可以从多方面考虑，比较突出的可考虑以下两项措施：第一项措施是确立控诉进攻、辩护防御的机制。这有利于在保证控辩平等的公正本质的前提下提高刑事诉讼效率。控辩对抗是必要的，但如何对抗则应讲究技术性。如果双方都积极进攻，易使诉讼产生太大的“摩擦力”而影响诉讼效率。控诉权的本质就是进攻性权力，应享有收集证据和采取强制性措施的权力，并以国家财力作后盾，但如

---

① ［美］阿瑟·奥肯著，王奔洲译：《平等与效率》，3～4页，北京，华夏出版社，1999。

果允许辩护方也享有相同权力，容易导致“内耗”与“纠缠”而减缓刑事诉讼步伐，于是设立一种有效的防御机制就成为必要。防御机制的要点包括：其一，辩护方不承担举证责任，其主要职责在于对控诉提出质疑与反驳。其二，设置无罪推定和犯罪嫌疑人、被告人享有沉默权作为被告方的防御盾牌，以保控、辩实力相当。无罪推定意味着“疑罪从无”，沉默权则有效防止了控诉方强迫犯罪嫌疑人、被告人自我归罪等控诉对辩护进行压制的极端不平等现象。这种进攻、防御机制一方面可以保证控诉方作为诉讼“动力装置”而“大踏步前进”，另一方面又确保了二者地位均衡，其实质是“矛”与“盾”的均衡。第二项措施是完善简易程序制度。作为简易程序的实践理性的基础是相当多的刑事案件在事实认定和适用法律上控辩双方没有争议或争议很小，这样就可以大幅度省去侦查、起诉特别是审判中的双方进行辩论或对抗的一些不必要环节，其中一个关键环节是控辩双方在庭外能够协商一致，作为法官直接下判的基础，特别是尊重被告人对适用普通程序和简易程序的自由选择权，这是当今世界各国简易程序的一个基本特征。显然，刑事简易程序不违背控辩平等，又能快速解决案件，是一个融合公正与效率的极有效的手段。美国刑事诉讼中的“辩诉交易”（控辩双方就定罪量刑经平等协商、签订协议后，由法官批准的制度）简易程序之所以获得很强的生命力，就在于它一方面遵守了控辩平等和法官中立的基本格局而不至于从根本上伤及公正，另一方面又实现了极高的诉讼效率。我国《刑事诉讼法》虽设立了刑事简易程序，但最大的缺陷是不承认控辩双方庭外协商一致，也未赋予被告人自由选择权，是否提起简易程序完全由检、法两家决定。这种重效率、轻公正的“父母包办”式的程序亟须改革。其他措施还包括设立证据规则以防止控、辩“纠缠”而减损效率，以及设立庭前控、辩双方相互开示证据规则，以防止庭审中一方对另一方实施证据“突袭”而造成延期审理等方面。

第三节 刑事诉讼结构

一、刑事诉讼结构的概念

（一）诉讼的一般结构

诉讼结构也叫作诉讼程序结构，它是诉讼程序的具体化，反映的是诉讼主体的组合方式。诉讼程序的科学性决定于诉讼结构中诉讼主体的组合方式的合理性。

如前所述，诉讼程序一方面要限制诉讼主体的恣意妄为，除了对审判权本身进行直接限制外，尤其要实现起诉权与审判权分立、制衡，辩护权对起诉权直接制衡，以及辩护权对审判权间接制衡，由此形成控、辩、审三方的权力（利）互动状态；另一方面要把有利于查明案件真相并对真相进行准确评判的有效方法或

经验用程序规则的形式固定下来，即在平等听取控辩双方意见的基础上，由法官居中予以裁判。司法程序的上述两方面的价值比较明显地体现了程序结构的基本轮廓：一是控辩均衡对抗；二是法官居中裁判。这是一个以控辩均衡对抗为底边，以法官居中裁判为顶点的“等腰三角结构”图形。此图形具有以下本质特点：

第一，它源于限制国家司法权力、保护当事人诉讼权利和有利于查明真相的两方面必然性的偶然交汇，即防止恣意需要控辩均衡对抗和法官中立，而有利于查明真相也需要控辩均衡对抗和法官中立，正是这种两方面需要的偶然交汇才使得“等腰三角结构”更富有生命力。

第二，它具有程序自治功能。包括：一是所谓“隔音空间”效应，即从总体上看，“等腰三角结构”是有意设计的独立于外部环境的理想空间。理论根源在于在事实和法律面前，人人平等，为了排除结构之外人情、宗教、等级观念诸因素给公正审判造成的不良影响，需要这样的独立空间。公开审判虽接受公众监督，但在法庭上除了控、辩、审三方以外，任何人没有发言权。二是所谓程序的不可阻挡效应，即一旦进入此结构，任何程序主体都无法阻挡此结构运作所导致的最终结论。如果将此结构的运作置于社会舆论的监督之下，则又形成此结构的“开放性”。但“开放性”的本质是对“闭合性”的强化，其实质在于让公民参与案件的判断，在法官不公时实行舆论影响，给法官心理上预先设置压力。相比较而言，“闭合性”是决定性的，“开放性”是补充性的；“闭合性”是内在优秀品质，“开放性”只是一种有利的环境条件。不公开审判的案件之所以也能实现司法公正，靠的就是此程序结构所具备的优秀品质。

第三，它本身是司法程序公正的象征。从根本意义上讲，它有利于查明真相并保证案件的实体上的正确解决；从直接目的上讲，此结构实际运作的过程本身被视为权威性的、决定性的、独立性的过程，即只要实现了此结构的正常运作，实体正义就推定为已经实现，或者说过程正确即不用担心结果会发生错误。

第四，它是司法程序的理想模式。在纯粹理性意义上讲，它只以公正为价值追求，或者说它是司法公正的代名词。在具体的司法运作过程中，它可能受各种因素的影响，从而发生不同程度的“扭曲”、“变形”，但它的基本精神是永恒的。

第五，它是司法程序区别于行政程序的最典型的表征。行政程序追求效率第一，其结构表现为裁决者和当事人之间形成的“直线结构”，具有显著的命令性。司法程序因追求公正第一而强调控辩平等和法官中立的格局，具有对话性、协调性和中立性。现代行政程序虽也引进听证制度，但一方面，它不可能实现“等腰”，即真正的平等和中立；另一方面，也表明正是行政程序吸收了司法程序的部分精神才产生了听证制度。

第六，法官中立是目标，控辩平等是保障。它的核心是控辩平等，法官中立相对于控辩平等具有一定的实体性，即实现了控辩平等也就基本上实现了法官中

立。所以充分的、平等的辩论是此结构的关键所在。

（二）刑事诉讼结构

刑事诉讼结构指的是刑事诉讼程序的结构或构造，是指刑事诉讼程序的具体化，反映刑事诉讼主体的关系图形或组合方式。刑事诉讼结构是刑事诉讼目的与价值的实现方式或途径，或者说是刑事诉讼目的与价值的进一步展开。

刑事诉讼结构包括纵向结构与横向结构。纵向结构指的是立案、侦查、起诉、审判、执行的流程，反映的是案件传递关系或工序关系，它以国家机关的权力运作为主线或标志。纵向结构可反映出侦查的基础性。强调纵向结构的优点是有利于提高诉讼效率，缺点是未突出审判中心和辩护作用。横向结构主要反映控、辩、审三方的权力（利）互动的基本格局，即控辩均衡对抗与法官居中裁判的宏观关系；同时，控、辩、审各方的内部关系或微观关系也要予以设置，如法官与陪审官的关系、公诉人与被害人的关系、侦查与检察的关系，以及辩护人与被告人的关系。

刑事诉讼横向结构是狭义上的刑事诉讼结构。研究刑事诉讼横向结构有利于更全面、准确地把握刑事诉讼程序的规律。

二、刑事诉讼程序结构

（一）刑事诉讼程序结构的基本特点

司法程序结构的一般原理是一切诉讼基本规律的反映，刑事诉讼程序的基本结构也遵循司法程序结构的普遍规则。但是，刑事司法毕竟不同于其他类型的司法，在司法程序结构的设计上应受其特殊规律的支配。刑事司法在解决刑事纠纷的过程中尤其强调谨小慎微，因为刑事司法的最终适用一般是对法律上推定的犯罪实施者给予一定期限或者终身剥夺自由的刑罚，甚至常常适用剥夺生命的刑罚，稍一不慎就会造成公民个人的重大损失。既便对证据确凿的真正的罪犯来说，程序操作上的每一失误都可能造成对被告人人权的不同程度的侵犯。所以，刑事诉讼程序结构如何保证实现公正、效率，在设计上要“做工考究”。正因为如此，刑事诉讼程序结构表现出一系列特色。

1. 犯罪的严重性产生了刑事诉讼程序的“双重原告”构成。任何越轨行为的危害性均具有双重性，即一方面造成了被害人本人的人身、财产及精神损害，另一方面对社会秩序和国家利益构成了威胁。但两方面的损害所占的比例不同，使人们对越轨行为的性质的评价发生重大甚至质的变化。比如，犯罪是最严重的危害行为，在评价其性质时，把全社会所遭受的损害（经济损害、社会秩序的破坏、恶劣的社会影响等）看成是最大的损害，而被害人本人遭受的损失则退居次要地位，有时甚至被忽略不计。而民事或者行政违法行为侵害个人利益的比例远远大于给全社会造成的损害的比例。我们把民事、行政纠纷看作个体冲突，实际上是把这种纠纷的社会危害性忽略不计而得出的估价。如果民事纠纷的社会危害性超

过了给个人造成的损害，那它就不再是民事纠纷，而转化成了犯罪。民事、行政纠纷省略了社会危害，这类纠纷的主体就简单化了，其权利受到侵害的一方就可以作为原告提起诉讼，其原告构成单一。刑事犯罪，由于强调其社会危害性，故而犯罪的受害者不仅仅是直接遭受犯罪伤害的人，还包括受到这种犯罪侵害的社会或国家。这两种受害者均有权提出控告，并在刑事诉讼中充当原告，使得被害人和国家形成了“双重原告”格局。“双重原告”中的国家或社会提起的诉讼，就是公共起诉或公诉。刑事案件之所以叫作公诉案件，其根据就在这里。“双重原告”构想奠定了代表国家的公诉人和被害人之间关系的理论基础，也为公诉人或被害人在诉讼中的诉讼地位设定了理论前提。

2. 犯罪的复杂性决定了刑事司法庭前程序的两级延伸。不管是什么性质的纠纷，其诉讼证明过程均具有复杂性，但刑事纠纷的证明更复杂。理由如下：其一，相当多的刑事案件因发案时纠纷一方甚至双方不明确而需要侦破。相比之下，民事或行政案件在发案时均有明确的原告和被告，否则就不具备受理的条件。其二，一般地讲，那些不需要侦破的刑事案件，其在诉讼证明的复杂程度方面也要高于民事或行政案件。不需要侦破的刑事案件，诉讼证明的核心在于加害者的行为是否存在，即使是被告人自首的案件，也应对事实是否存在进行详细调查。相对来说，民事或行政案件中，诉讼证明的核心在于对事实作出评价，以明确纠纷双方在同一事实中各自应当承担的责任，进而确定其权利、义务的分配，而事实是否存在的证明则相对简单。一般地讲，多数民事或行政案件中，原、被告双方对事实是否存在争议不大，而对行为的性质、损害程度、各自应当承担的责任，以及权利、义务如何分配则存在较大争议。民事案件侧重于依据民事实体法的规定明确双方权责，而行政案件则侧重于对具体行政行为的合法性进行审查。其三，刑事案件的证明标准高于民事案件的证明标准。诉讼证明到底到什么程度就可以定案？从理想角度讲，事实完全清楚、证据确实充分的要求是众所周知的。但是，由于不同诉讼案件的案件性质和复杂程度等因素的影响，对刑事案件给予更高的证明标准的要求是不言而喻的。在立法上，我们在证明标准上未作出不同诉讼的选择。在其他一些国家特别是英美法系国家中，流行着两条证明标准的传统观点：在刑事诉讼中要求达到无合理怀疑的证明（beyond reasonable doubt），即在证明犯罪时，各项证据必须全面、明确反映犯罪行为的各个部分，如果存在合理怀疑，犯罪均不能认定，被告应判无罪。而民事诉讼要求达到的是“盖然性优势”（proof on the balance of probabilities）的证明。对证据优势的经典解释是拿天平作比喻的：如果把原告所提出的证据放在天平的一边，而把被告所提出的证据放在天平的另一边，如果原告的证据在质上而不是量上重于被告的证据，那么，不管超重多少，哪怕只超一根羽毛的重量，他都尽到了他的举证责任，就一定胜诉。这一规则的必然结果就是：如果原告的证据在质上等于被告证据的质——如果天

平两端平衡——那么，他就没有尽到他的举证责任，就一定败诉。[1] 刑事诉讼证明的复杂性给刑事诉讼程序结构设置又提出了新的要求：程序内增加诉讼准备。在诉讼一般结构中，为了避免原、被告双方在庭审外进行诉讼准备的不均衡，司法程序结构应作庭外的等距离延伸的设计。在此，我们把它叫作“一级延伸”。但是，刑事诉讼因为犯罪证明的更加复杂，要求刑事诉讼庭外不仅要作“一级延伸”，还应增加揭露犯罪的时间和程序，否则，把案件立即提到法庭上是难以甚至不可能完成证据的审查和判断的。我们把这种增加的延伸叫作“二级延伸”。从形式上讲，刑事诉讼程序结构变大了。“二级延伸”的目的在于揭露犯罪，确定嫌疑人并进行初步审问以准备案卷材料（初步审问即预审）。这个任务，理论上应由公诉人、被害人去完成，但考虑到与犯罪作斗争的专门往、复杂性，显然，很有必要设置一个专门的机关来从事这项工作。从世界范围来看，这项工作一般是由维护治安的警察机关一并承担的，这在机构上做到了精简，避免了臃肿。相应地，作为公诉机关的检察院所做的准备等同于“一级延伸”，其任务在于确定被告人，而不是确定嫌疑人或重大嫌疑人。这样就完成了检察和侦查的分离。为了维护均衡，辩护方也需作庭外等距离延伸。这是辩护律师提前介入庭外侦查与起诉活动的理论根据。

（二）刑事诉讼程序一般结构

根据司法一般结构的原理和刑事司法的本质特点，我们可以逻辑地推出刑事诉讼程序的一般结构。

首先是庭审结构。从结构外观上讲，刑事诉讼庭审结构遵循不同诉讼庭审结构的一般模式。从实质上讲，不同之处在于诉讼主体的构成有别：一是控诉方由代表国家的公诉人和被害人组成，二是辩护方由具有特殊诉讼地位的被告和被告人的辩护人（一般是律师）组成。由此当然构成一个“等腰三角结构”。庭审结构集中地体现了诉讼的公正。法官只在程序上把握以维护原、被告双方均等的发言机会，一般不介入双方辩论的实质问题，而是充当一个消极的仲裁者。这是从理想角度而言的。其现实结构为法官也不同程度地行使提证权和提问权。比如，就是在英美国家的当事人主义刑事诉讼程序结构中，英国法官如认为有利于审判，有权直接传唤未经起诉方或被告方提请传唤的证人；美国法官有时也使用提问权。

其次是刑事诉讼程序结构的庭外“一级延伸”。“一级延伸”是指检察官、被害人和被告人、辩护人所做的庭前诉讼准备，以检察官决定起诉为界线。诉讼重心在于是否确定被告人。庭外控、辩之均衡对抗形成刑事诉讼程序“一级延伸”之大结构，也是“等腰三角结构”。

最后是刑事诉讼程序结构的庭外“二级延伸”。“二级延伸”是基于证明犯罪

---

① 参见［美］汉斯·托奇主编，周嘉桂译：《司法和犯罪心理学》，86～87页，北京，群众出版社，1986。

的复杂性，为确定嫌疑人、重大嫌疑人而进行的预审过程；同时，均衡对抗又要求辩护人提前介入诉讼。“二级延伸”的鲜明特征是侦查机关介入诉讼过程。预审是为控诉所做的准备。这反映了检、侦“一体化”倾向。控辩均衡对抗形成的刑事诉讼程序“二级延伸”大结构，也是“等腰三角结构”。这说明，不管司法程序结构如何变化，公正原则是贯彻始终的。

另外需要强调的是，刑事诉讼证明的复杂性给刑事诉讼程序结构外制度的设置也提出了新的要求：其一，程序前增加“行政性”的侦查过程。需加以注意的是，在侦查机关侦破案件阶段，因为嫌疑人或重大嫌疑人未暴露，辩护方的提前介入失去意义，使这种准备出现了“单项延伸”现象。我们把这种现象称为“三级延伸”。诉讼的一般原理要求程序前设立调解制度作为诉讼的附加结构，但由于刑事犯罪在对抗性方面明显强于一般的民事或行政纠纷，况且，刑事诉讼的主要原告是国家或社会，这就使得刑事诉讼的调解一般是不必要的。而诉讼前为预防犯罪设立的综合治理制度又离题太远，不能把它作为刑事诉讼的附加结构。可见，增加“行政性”的侦破程序是刑事诉讼程序结构的鲜明特色。但这一过程不具有原、被告双方的对抗形式，而具有行政性特征。由于这个“行政性”的操作阶段与诉讼程序有着不可分割的关系，故把它归于刑事诉讼程序的附加结构或程序外结构之列。其二，程序后实行监内执行和监外执行相结合的办法。这主要是从诉讼效益的角度来考虑的。当代的趋势在于尽量减少监内改造，相应增大缓刑、管制、监外执行、减刑、假释的适用。这样，不仅能有效地改造罪犯，还可以减少财力、物力的浪费。刑事诉讼的执行不同于民事或行政诉讼的执行：刑事诉讼不能搞自愿执行程序，而一律实行移送执行，带有明显的强制性。刑事诉讼程序前后的附加结构从理论上讲不属于诉讼范畴。正如我国台湾地区学者刁荣华所说，诉讼“仅法院、原告及被告三者之所为行为也，他如检察官在提起公诉前，对于犯罪嫌疑人侦查犯罪，或诉讼程序终结后，对于受判决人执行裁判，其程序均不属于刑事诉讼之范围”①。不过，把侦查程序一概排除在刑事诉讼范围之外似也不太恰当，比如预审就是正当的刑事诉讼庭外延伸部分，只是侦查阶段因谈不到控辩对抗才具有行政性。

三、刑事诉讼结构引申出的主要规则

（一）控辩平等

既听取隆著者，也听取卑微者。

——《圣经》

控辩平等是指在刑事诉讼的控、辩、审三方组合中，控诉方与辩护方的诉讼

---

① 刁荣华：《刑事诉讼法释论》，上册，2页，台北，汉魏出版社，1977。

地位是平等的，具体而言，是指控辩双方的权利、义务是对等的。

控辩平等对抗与法官居中裁判是公正审判的基本格局，而控辩平等与法官中立相比更具有程序性、操作性，在很大程度上又是法官中立的保障性措施，即没有控辩平等也就不可能有法官中立。

控辩平等在司法中出现，是因为人们还考虑了另一个有利因素，这就是只有平等，才能使控辩双方的辩论成为真正的辩论，才能保证控辩双方都积极提出最有价值的意见，从而为法官创造一个“兼听则明，偏听则暗”的条件。

理解刑事审判中的控辩平等，首先应当明确：一是不能认为控诉方代表国家利益，辩护方代表犯罪嫌疑人、被告人个人利益，国家利益高于个人利益的原则决定了控诉方的诉讼地位高于辩护方的诉讼地位；二是不能认为在实际的刑事诉讼中，国家控诉机关（包括侦查机关）为了有效控制犯罪，必须拥有调查、收集证据的强大力量，而这些实际优势是犯罪嫌疑人、被告人个人无法享有的，也是无法比拟的。就第一点来说，用国家利益高于个人利益推导出控诉方高于辩护方的说法，最主要的是混淆了实体和程序两个根本不同的问题。国家利益高于个人利益，这是一个具有道义性的实体问题，而程序的设计与这个问题没有直接关系，程序的设计只考虑如何在排除程序义务人主观随意性和各种外在关系的影响的前提下实现证据判断、认定事实和适用法律的客观、公正，而并不考虑程序义务人代表的是谁的利益，如果程序认可了这种利益，那就意味着认可了在真理面前人与人的不平等。此外，国家利益高于个人利益的说法就是在实体上讲也不是完全恰当的：在某种程度上讲，有时需要牺牲个人利益来保全国家利益、牺牲局部利益来维护整体利益，这是对的；但从另一个方面讲，国家利益和个人利益并无绝对界限，因为个人利益是国家利益的具体表现形式，抹杀了个人利益也难以实现国家利益；同时还应看到，从最根本的意义上讲，政治、法律的终极目标应是实现个人幸福，而强调国家利益只不过是实现个人幸福的手段。就第二点来说，由于侦查犯罪的复杂性，确实需要赋予控诉机关较大的权力。在刑事诉讼中对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施也是必要的，但这并不能作为控诉方应高于辩护方的理由。恰恰相反，正因为犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中处于极端不利的境地，应强调扩大和保护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，以有效防止国家控诉权对犯罪嫌疑人、被告人造成不适当的压制。刑事诉讼程序的设计虽然不可能实现控辩力量的绝对均衡，但把均衡作为一种原则或追求以尽可能保障犯罪嫌疑人、被告人的权利，应是刑事诉讼程序设计的基本要求。在中外刑事诉讼历史的发展中辩护权的不断扩大就证明了这一点。

刑事诉讼中犯罪嫌疑人、被告人由于刑事追诉本身的特殊性而处于原始性的不利地位，我们谓之其诉讼地位的先天不足，这种先天不足导致了控辩力量的先天失衡。这来源于刑事追诉本身的复杂性：一是司法证明的复杂性要求控诉方具有强大的力量。不管何种性质的纠纷，其司法证明过程均具有复杂性，而刑事追

诉尤其复杂。我们不仅看到，相当多的刑事案件因发案时纠纷一方甚至双方不明确而需要侦破，而且看到，就是那些不需要侦破的刑事案件，如前所述，其在诉讼证明的复杂程度方面也要高于民事或行政案件。追诉犯罪的复杂性，要求控诉方拥有调查、收集证据的专门而足够的权力和人力、物力（现代各国刑事诉讼的事实也是这样），否则，难以完成控诉的任务。这是刑事诉讼控诉力量先天强大的基本原因。二是犯罪嫌疑人、被告人的逃避性、报复性，直接产生了在判决生效前对其采用拘留、逮捕等强制措施的必要性。① 正是强制措施的使用使得犯罪嫌疑人、被告人的诉讼地位的先天不足尤其明显。三是刑事追诉具有容易产生有罪推定观念倾向的固有缺陷。因为控诉方在立案的时候，首先接触到的均是被害人的有罪控告，而接下来的侦查、调查似乎是为了证明被告人有罪而进行的补充性活动。所谓“宁可信其有，不可信其无”，“没有罪为什么把你抓到这儿来”的说法正反映了这种倾向。不仅如此，案件起诉至法院后，法官首先看到起诉书，也会不同程度地产生有罪推定的倾向。这种有罪推定的原始性倾向加深了犯罪嫌疑人、被告人诉讼地位的先天不足。理论界也有不少人注意到了检察官的先天性不足，认为“代表国家的检控方……立论比证谬要困难得多……被追究人的辩护因自身的自由、名誉、财产甚至生命的危险而得到最强大的利益驱动，并同时驱动其他相关人员；而公职人员的行为不受这种驱动，且有更严格的行为规范限制。这在某种程度上与在自由市场上势力强大的国有企业竞争不过经济实力相对较弱的民营企业同理”②。“控方中的检察官由于端的是国家的‘铁饭碗’，又无明显的利益驱使……能否与辩护人真正‘对抗’起来，值得怀疑。”③ 然而，检察官追求胜诉的这种积极性的不足难以从根本上改变控诉力量先天性强大的事实。理由是：其一，刑事诉讼程序结构本身是一种角色分配体系，它的“自治性”功能将使定位于这个结构之中的检察官不由自主地受到程序氛围的感染、影响而激发其积极性。换句话说，检察官在程序结构中只是扮演一种角色，这种角色有利于抵消检察官在追求胜诉方面积极性的不足。其二，也应当承认，检察官虽代表的是国家利益，但在一定程度上，起诉的成功与失败也影响着检察官个人的名誉、尊严。其三，检察机关的各种内部管理制度如考核制度，以及检察机关对检察官的各种教育培训措施也有利于培养检察官的责任心、使命感。其四，以国家财力作后盾为检察官顺利完成起诉提供了前提性的、物质性的保障，这是辩护方望尘莫及的。纠正控辩力量的先天失衡的方法是从增加控诉方的难度和辩护方消极防御的角度思考，于是无罪推定和犯罪嫌疑人、被告人的沉默权产生了。无罪推定即在判决生效前

---

① 现今大多数国家对犯罪嫌疑人、被告人采取强制措施是由法官批准和决定的，如果由控诉方批准和决定将加重被告人诉讼地位的先天不足。

② 龙宗智：《论刑事司法中个人权利与国家权力的冲突与协调》，载《中国律师》，1998（5）。

③ 左卫民主编：《刑事程序问题研究》，267 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

假定犯罪嫌疑人、被告人无罪。这显然增加了控诉的难度。无罪推定与控诉方负全部举证责任和证明标准的“无合理怀疑”[1]（beyond reasonable doubt）是协调一致的。犯罪嫌疑人、被告人的沉默权则是为防止控诉方强迫犯罪嫌疑人、被告人自我归罪而可能找到的一种最简捷的消极防御手段。有了无罪推定和沉默权，就实现了在不必提高辩护方收集证据的能力的情形下与控方力量的均衡。

（二）法官中立原则

根据刑事诉讼程序结构的要求，法官的使命是对案件作出正确的判决，对于构成犯罪、应当追究刑事责任的被告人认定罪名并适用刑罚；对于构成犯罪、不应追究刑事责任的作出免除处罚的判决；对于不构成犯罪或证据不足的案件（即存在合理疑点）作出无罪的判决。为了完成这一使命，法官在刑事诉讼中的任务在于全面听取控、辩双方的意见，并最终形成对证据和事实的判断，或者说形成确信。可见，法官的根本职责在于听审。所谓“消极的仲裁者”的基本含义就是“听审”。为了有效地听审，就法官本身而言，回避（自然正义原则的基本要求之一，即任何人不能做自己案件的法官）和“自由心证”[2] 是两项前提性的措施，其他权利、义务有以下几个方面须加以强调。

其一，法官不负举证或证明责任。举证或证明责任是控、辩双方的事情，控、辩双方有责任把有关案件的所有证据和意见摆在法官的面前，由法官去“品尝”、识别。如果让法官负举证责任不利于法官的“听审”，因为法官在举证或证明过程中极易形成预断，或者滑向控诉一方，或者滑向辩护一方，这对于正确作出判决弊端甚多。

其二，法官指挥审判不能介入实质性的调查，只能在程序上把握。实质性的调查主要指提证和提问。法官参与提证、提问可能形成先入为主偏向，即使法官的内心是公正的，但也可能造成控诉方或辩护方的误解，引起它们对法官公正性的怀疑，控诉方可能以为法官是偏向辩护方的，而辩护方可能以为法官是偏向控诉方的。

其三，法官在程序上指挥审判也要特别注意维护公正。在审判时间的把握上，应尽量保证控、辩双方把要说的话、提的证都说完、提完。在调查、辩论次数的掌握上，应特别注意保证控、辩双方均等的发言机会（控、辩任何一方自己放弃发言机会的视为已行使了权利）。提证、提问或辩论的次数以“轮”来计算，辩护方提证、提问或辩论暂告一段落视为一“轮”结束。在辩论出现互相进行人身攻击或纠缠枝节、偏离正题的时候，需要制止的，应同时制止双方，不应只制止一

---

① 即控诉方必须毫无疑点地证明全部犯罪真实，有疑则以无罪看待。这是目前英美法系国家均承认的证明标准。

② 自由心证虽然需要正当程序的保障，但法律明确规定法官的自由心证权力本身对于塑造法官的中立、独立形象具有直接的作用。

方。需要引导时，应同时提醒双方，不应只提醒一方。在提证、问证上出现违反证据规则的现象（比如指明问供）时，应在对方提出抗议或请求制止时再予以制止。以避免引起控辩双方对法官公正性的怀疑。

其四，为了维护法官有效听审，需要维护法官在庭审中的绝对权威。一定的权威是解决争议的必要条件。如果在法庭审判中，控、辩双方或案外人大闹法庭，蔑视法官，将严重影响到判决的权威性，将使当事人遵守法庭判决的意识变得淡薄。为了维护法官的权威，对于扰乱法庭的人（包括法庭闹事者），法官应有权警告、制止，甚至直接作出判决追究其刑事责任。

（三）直接言词原则

直接言词原则包括直接审理原则和言词审理原则两个方面：前者也叫作在场原则，它是指法庭审判时法官、检察官、被告人、辩护人以及其他诉讼参与人必须亲自出席审判，为法官直接采证创造先决条件。在场原则使法庭审判区别于可以听汇报定案的行政操作过程。后者又被称为言词辩论原则，是指法庭审判活动必须以言词陈述的方式进行。不仅参加审判的各方应以言词陈述的方式进行审理、攻击、防御等诉讼行为，而且在法庭上出示证据也应以言词表达的方式为主，物证、书证等实物证据应在言词讯问、询问的必要时机出示，以使审理过程更富有逻辑性、直观性。直接审理原则和言词审理原则是紧密相关、不可分割的，只强调直接原则，就不能排除审判与诉讼各方在场的情况下，仍然实行以出示书面文件为主的书面审理方式这种情形；只强调言词原则，就不能排除审判与诉讼各方在不到场的情况下，以打电话的方式进行审理这种情形。直接言词原则所产生的程序性效果是，如果法庭审判没有按直接言词的方式进行审理视为没有进行审理，所审查过的证据等同于没有出示证据。

直接言词原则的首要价值在于为审判和诉讼各方创造一个探求实体真实的良好环境，以最大可能地避免各种间接性的材料本身不可避免的虚伪性给审判造成的干扰和拖延，其实质是尽可能模拟一种真实的场景；同时，直接言词原则也自然形成了一种使审判和诉讼各方相互制约的“公开场合”氛围，有利于避免审判与诉讼各方的恣意妄为。

直接言词原则是大陆法系国家经过对中世纪纠问式审判制度的改革确立下来的。英美法系国家虽然没有确立字面上的直接言词原则，但确立了所谓“传闻证据规则”（rule against hearsay），即禁止把不是直接感知案件事实的人在法庭上的陈述（即传闻证据）作为定案根据的规则。此规则与直接言词原则具有几乎相同的功能，即两者均不承认证人在法庭之外就案件事实所作的言词证言具有证据能力，而不论这种证言是以书面方式，还是以他人转述（即传来证据）的方式在法庭上提出。

直接言词原则在刑事审判中具体体现为以下几项规则：一是法庭审判必须在被告人、检察官等亲自在场的情况下进行；二是在法庭审判过程中，所有提供言

词证据的原证人、鉴定人必须出庭作证；三是法官对证据的调查和采纳必须亲自进行，不准听事后汇报定案；四是法庭审判必须持续进行，从事法庭审判的法官须自始至终参加审判，不得中途更换。

（四）自由心证原则

刑事证据是一个有机联系的整体，这个整体与案件事实的核心——犯罪行为本身的行为系统是相对称的，而证据系统往往表现得更为复杂，主要是因为犯罪行为总是具体的而不是抽象的，其主体、行为、对象、结果、时间、地点以及其他环境因素总是因案而异，证明这些事实的证据往往真真假假、鱼龙混杂，需要作认真的判断才能科学地取舍证据，揭露真相。因此，法律如果预先规定某一种类的证据（只会是抽象的，不可能是具体的）的证明力，显然是不科学的。封建时代的纠问式司法程序结构，适用的正是这种法定证据规则。这种规则极大地限制了法官对具体问题作出具体判断的能力。这也是纠问式司法程序结构下对证据判断适用的没有办法的"办法"。因为在纠问式结构下，法官与控告者合二为一，原、被告双方的辩论微不足道，造成了法官无法避免的偏见和由此而来的随心所欲。为了限制法官的恣意，除了采用量刑的具体化、绝对化外，对事实的判断也只好采用法律预先规定的办法。用法律的规定代替了法官的具体判断。

现代意义上的刑事诉讼程序结构则强调控、辩双方的充分和均衡的对抗，法官只是一个消极的仲裁者。法律只要求法官在认真听取双方陈述的基础上作出判断，这就为法官对具体问题作出具体分析提供了程序上的基本保障。在这个基本保障之下法官所作的分析和最终形成的确信也就是所谓"自由心证"的实质内容。

现代刑事诉讼程序结构所造成的法庭审判的"闭合性"为有效地防止法官的先入为主创造了良好的条件，使法官在不带任何偏见的情况下作出判断。比如取消控诉方预先向法官传递案卷的办法，不允许法官主动干预审判，法庭上出现的任何可能造成法官预断的因素构成重新审理的理由，如此等等。这种有意设置的审判气氛使法官无形中甚至不得不进行自由判断，只有这样才能保证判断的科学性。

现代意义上的刑事诉讼程序结构必然产生法官的"自由心证"，反过来说，法官"自由心证"的科学性是由现代意义上的刑事诉讼程序结构来保障的。

"自由心证"是在现代刑事诉讼程序结构的前提下，通过对控、辩双方提出的证据进行分析以后形成"内心确信"，而所谓"良心"和"理智"等只是进行正确的"自由心证"的条件，核心还在于依据"已经提出的对被告人有利或不利的证据"，并不能说是把"良心"和"理性"作为判断证据的标准。现代刑事诉讼程序结构正是为防止法官的主观臆断、偏听偏信和武断专横而设置的。没有科学的刑事诉讼程序结构，才是为主观主义的审判作风大开方便之门。

我国实事求是的判断证据的原则要求把判断建立在充分调查研究的基础上，所依据的事实都经过查证属实。而"自由心证"也强调调查研究，即"在宣告有

罪之前进行审理和考虑，审判只依靠调查、询问来进行，判决只能在听取所提出的证据之后才作出”。“有一个公正无私的陪审团和一个博学的、正直的法官来指导陪审团，并对法律问题发表意见；造成一种平静的气氛，使证人能够毫无顾忌地、大胆地提供证言，律师能够自由地、充分地维护被告人的权利，真理能够为人们心悦诚服地接受和信服。”① 现代刑事诉讼程序结构理论认为，最好的调查研究莫过于在对辩的基础上进行听审。可见，实事求是与“自由心证”并无什么本质区别，只不过前者讲得含糊，后者讲得更具体一些。实事求是要求对证据查证属实以后才能作出结论，但问题是查证到什么程度才算属实，这又是一个分析判断问题，问题最终要归结到“自由心证”。

（五）审判公开原则

审判公开原则也叫作公开审判原则。狭义上的审判公开是指法院对案件的审理和判决的宣告向社会公开，公民可以到法庭旁听，新闻记者也可以采访、报道。广义上的审判公开还包括向当事人公开。审判公开作为一项原则并不排斥对少数不宜公开的案件进行不公开审理。联合国《公民权利和政治权利国际公约》中就有类似限制性的规定，法院可因民主社会之风化、公共秩序和国家安全关系、保护当事人私生活之必要，以及因情形特殊公开审判势必影响司法而认为绝对必要之限度内，禁止新闻界及公众旁听审判程序之全部或一部。

审判公开原则的价值主要体现为以下三个方面：

第一，把审理和判决置于公众的监督之下，有利于防止不同程度的“暗箱操作”，确保案件审理和判决的正确性。控、辩、审三方组合的审判方式是确保审判公正的核心措施，审判公开是确保审判公正的必要补充。当然，考虑到审判过程是一个冷静的探索案件真实的过程，为防止法官形成确信受到不应有的干扰，审判公开应该控制在一定的范围之内，比如把审判过程向全社会进行电视直播，其实质是把审判公开原则推向了极端化。

第二，把审理和判决向社会公开，有利于向社会宣示正义。此种功能的实质是为实现程序正义发挥重要作用，使正义能够被“看得见”。

第三，审判公开也是向公民进行法制教育的良好形式。

我国《刑事诉讼法》第 11 条规定：“人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行……”第 163 条规定：宣告判决，一律公开进行。

四、当事人主义和职权主义两种诉讼模式的比较

所谓刑事诉讼模式，是指现实的刑事诉讼结构类型，如当事人主义诉讼模式或职权主义诉讼模式。刑事诉讼的当事人主义诉讼模式和职权主义诉讼模式代表

---

① ［美］小查尔斯·F·亨普希尔：《美国刑事诉讼——司法审判》，第 2 册，25 页，北京，北京政法学院刑事诉讼法教研室编印，1982。

了当今世界刑事诉讼结构的两种形式。前者指英美法系国家的刑事诉讼模式，以英国和美国为代表；后者指大陆法系国家的刑事诉讼模式，以法国和德国为代表。当事人主义诉讼模式与职权主义诉讼模式至少在以下几个方面是相同的：其一，都承认控、辩双方在法庭上有均等的提证、问证权。其二，都强调维护法官的公正形象。其三，为防止法官的个人恣意，都允许陪审团参与审判。其四，庭外都允许辩护律师在侦查、起诉的任何阶段介入诉讼。其五，都承认无罪推定、自由心证和被告人的沉默权。当事人主义刑事诉讼模式与职权主义刑事诉讼模式的不同点在于：

第一，当事人主义诉讼模式特别强调控、辩双方明显的对抗性，而职权主义诉讼模式一般强调的是控、辩双方享有均等的提证权和问证权。比如，庭审中，当事人主义诉讼模式的证人一般由控、辩各方自己传唤，而职权主义诉讼模式的证人则由法官传唤；当事人主义诉讼模式规定了集中体现控、辩对抗的交叉询问方式，并赋予双方对等的反对权，而职权主义诉讼模式一般没有实行此类庭审方式；在庭审外，当事人主义诉讼模式赋予被告人、辩护律师自行调查证据的权力(利)，并且可以携己方证人出庭作证，以实现控、辩庭外有效对抗，而职权主义诉讼模式一般强调辩护人在庭审外享有讯问在场权、提问发问权以及查阅案卷权，并未赋予辩护人单独收集证据的权利。

第二，当事人主义刑事诉讼模式中的法官可以说是一个消极的仲裁者，而职权主义刑事诉讼模式中的法官是一个积极的仲裁者。比如，当事人主义诉讼模式的法官一般不直接介入对证据的实质性调查和辩论，只进行庭审，不直接进行提证、问证；而职权主义诉讼模式则特别强调发挥法官的职权作用，法官不仅有权直接传唤证人、出示证据，也有权讯问被告人，甚至陪审员也可以询问证人、被告人。

第三，当事人主义诉讼模式把法官和陪审团的职责明确加以划分，这就是陪审团只负责听审和判定被告人是否有罪，法官则在此基础上负责适用法律，英美刑事诉讼法均是这样规定的。而职权主义诉讼模式则规定法官和陪审官共同听审，共同提证、问证，共同投票作出判决。法国、德国的刑事诉讼法均是这样规定的。

第四，当事人主义诉讼模式把实行“起诉状一本主义”视为当然，以防止控诉方向法官移送案卷材料后法官形成先入之见。英美的刑事诉讼均实行“起诉状一本主义”。而职权主义诉讼模式则实行案卷材料在开庭前先移送法院审查的办法。法国、德国的刑事诉讼就是如此。

从以上分析可以看到，以英美为代表的当事人主义诉讼模式较之以法国、德国为代表的职权主义诉讼模式更接近理想的刑事诉讼结构。第二次世界大战后，两种刑事诉讼模式正在互相靠近、互相吸收，但更多见的是职权主义以当事人主义为楷模来改造自己。如日本 1948 年颁布的《刑事诉讼法》大量吸收了当事人主

义诉讼模式的内容，改造了 1890 年制定的《刑事诉讼法》（即明治诉讼法）所确定的职权主义诉讼结构，使日本现行刑事诉讼结构成为一个以当事人主义为主、以职权主义为辅的“混合式”刑事诉讼模式。德国 1974 年的《刑事诉讼法》废除了调查法官在庭审前调查证据的规定，这是向当事人主义迈进的标志。意大利经过长时期的研究、考察，于 1988 年颁布了新的刑事诉讼法。新法典基本上以美国当事人主义诉讼结构代替了过去的职权主义诉讼结构，突出了法庭审判的中心地位，吸收了“起诉状一本主义”做法，采用了美国的交叉询问的庭审方式。这是继日本颁布 1948 年《刑事诉讼法》之后世界刑事诉讼的又一起重大历史事件。

第四节　刑事诉讼结构中各主体的诉讼地位

诉讼地位是指诉讼主体在诉讼权利义务关系中的定位。所以，诉讼地位的实质是诉讼关系。明确刑事诉讼结构中各主体的诉讼地位，有利于更深刻地理解刑事诉讼结构规律。

一、控、辩、审各方的基本诉讼地位

在控辩均衡对抗与法官居中裁判的刑事诉讼基本格局中，法官扮演的是一个中立者的角色，他的诉讼地位是超然的、消极的和不偏不倚的。法官在本质上不代表任何利益，他只代表公正或法律。控、辩双方构成了“等腰三角结构”的底边。控、辩双方的诉讼地位包括以下几层意思：其一，平等。控、辩双方在庭审中享有均等的提证、问证和发表演讲的权利，或者说机会均等。其二，对抗。控、辩双方必须进行有效的对抗，才能充分暴露矛盾，从而有利于法官形成确信。对抗不仅意味着互相进行充分、有效的辩驳，也意味着互相监督。任何一方对于对方违反程序的提证、提问，都有权提出抗议，并申请法官予以制止。在控、辩双方的有效对抗方面，交叉询问制度是目前公认的最彻底的方式。虽然交叉询问制度与职权主义诉讼结构下的法官质询制度，在查明事实真相的能力方面也许不相上下，但交叉询问制度在权力制约、防止专断与腐败以及确保审判公正方面，明显优于法官质询制度，而这方面的功能恰恰是刑事诉讼程序的本质性功能。因此，评价交叉询问制度和法官质询制度在查明真相方面的功能并无多少实际意义，而应当把着眼点主要放在确保程序公正方面，这是我们选择交叉询问制度的理由。其三，制约审判方。庭审是一个完整的制约机制，不仅包括审判方对诉讼的指挥和控制，还应包括控、辩双方对审判方的制约。这种制约主要表现为：控、辩任何一方，对于法官在主持审判过程中作出了任何不利于自己的带有偏见的行为的，都有权要求重新审判。有时，法官的偏见可能并没有特别流露或表述出来，但在诉讼过程中法官可能缺乏起码的公正态度，控、辩各方同样有权要求重新审判。此外，控、辩双方如认为时间太短，不能保证充分、有效的提证、提问、演说时，

有权要求审判方延长审判时间。

二、控、辩、审各方内部关系

在刑事诉讼程序结构中，控、辩、审三方的关系构成了诉讼的基本格局，除此以外，还应具体研究如下几个关系。

（一）法官与陪审官

法官与陪审官共同构成了审判方。按照传统的区分，法官的职责在于适用法律和主持审判，陪审官的职责则是听审，并对事实问题作出判断。从理论上讲，设立陪审官是为了防止法官的主观臆断而实行的审判权的分立和制衡，即法官和陪审官形成内部制约机制。陪审官是业余法官或兼职法官，是临时组织起来参加审判的；法官则是专职的。在审判过程中，陪审官必须服从法官的指挥，而法官又必须服从陪审官就事实问题所作的判决；法官负责指挥和控制审判，陪审官则负责听审。

（二）公诉人与被害人

公诉人与被害人在刑事诉讼中应当构成“双重原告”。对于这一点，前面已作过阐述。在此需要说明的是，公诉人在刑事诉讼中并不能完全取代被害人。一种具有代表性的观点认为，公诉人既代表国家利益，又代表公民的合法权益，被害人参加诉讼只能起到相当于证人的作用。这种看法似乎武断了一些。当然，被害人与公诉人在要求惩罚犯罪方面在许多情况下是一致的，但在许多情况下又是不一致的，主要表现为：其一，在一些刑事诉讼中，被害人可能认为犯罪比公诉人所主张的要严重，因此，其提出的适用刑罚的要求可能更严厉。其二，由于种种原因，被害人可能认为犯罪比公诉人所主张的要轻微，因而其提出的适用刑罚的要求可能较轻。其三，有些案件中的被害人可能只要求给予民事赔偿，并不要求惩罚犯罪。犯罪本身的严重性或危害性是由侵害国家利益和侵害个人利益两方面构成的，因而，被害人对犯罪的看法或要求应当直接影响到量刑判决。当然，“双重原告”并不意味着公诉人和被害人的诉讼地位是完全等同的，二者之间应存在一种主次关系，即公诉人处于主要的诉讼原告的地位，理由在于公诉人代表的是国家利益，公诉人对惩罚犯罪的要求是犯罪本质的体现。公诉人和被害人相比较，均享有举证的权利，均应有提出上诉的权利和要求再审的权利，这是他们共同的地方。其区别主要包括以下几点：其一，公诉人负主要的证明、举证责任，犯罪的严重性主要依据公诉人提出的证据进行判断。被害人负次要的举证责任，在被害人的要求与公诉人的要求相左时，被害人必须举证并阐述理由来说明自己的要求，否则，将承担要求不被采纳的法律后果。其二，以公诉人为代表的公诉方享有开始和终止刑事公诉的决定权，如立案权、撤销案件权、不起诉和缓予起诉权，以及在法定诉讼期限内对诉讼行为的时间上的控制权。相比之下，被害人只享有申诉权，即对公诉方的程序决定不服时有提出意见的权利，但其意见是否被采纳，

应由公诉方决定。最明显的是以公诉人为代表的公诉方有正式起诉权，而被害人只享有控告权，但是否正式起诉，应由以公诉人为代表的公诉方来决定。如对于被害人的控告，公诉方决定可不予公诉，则被害人只能实行自诉。

（三）犯罪嫌疑人、被告人与辩护人

犯罪嫌疑人、被告人与辩护人的关系实际上是辩护制度的一个核心问题，其中，辩护人到底受不受犯罪嫌疑人、被告人意志的约束，则是问题的关键。根据相关法律，辩护人可以有多种人担任，以下仅以辩护律师来说明该三者之间的关系。

辩护的直接目的是反驳控诉，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。辩护律师充当辩护人，当然也是维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。那么，犯罪嫌疑人、被告人自己辩护，也同样是维护其合法权益，为什么非要出钱聘请律师呢？原因在于辩护律师有较丰富的法律知识，可以为犯罪嫌疑人、被告人提供帮助，而且犯罪嫌疑人、被告人一般被采取了强制措施，人身权利受到了限制，不便于收集、提供证据以更好地行使辩护权，而辩护律师却享有自由、广泛的权利，这正是被告所需要的。被告人请辩护律师可以大大加强反驳控诉的力量，当然也就更好地维护了自身的合法权益。可见，正是因为辩护律师自身有这些优越条件，犯罪嫌疑人、被告人才请他为自己辩护，辩护律师是，而且仅仅是犯罪嫌疑人、被告人的法律扶助人。从这个意义上看，有犯罪嫌疑人、被告人才有律师，或者说犯罪嫌疑人、被告人产生了律师。辩护、辩护律师这些本质，决定了辩护律师必须受犯罪嫌疑人、被告人意志的约束。如果辩护律师不反映犯罪嫌疑人、被告人的意志，而是自作主张、自行其是，显然有悖于辩护的本质和辩护律师的根本使命。也正因为如此，现代各国几乎都毫无例外地规定犯罪嫌疑人、被告人如认为律师没有反映他的意志，有权拒绝律师为他辩护；相反，一般并未赋予辩护律师在接受委托后拒绝为犯罪嫌疑人、被告人辩护的权利。

辩护律师反映犯罪嫌疑人、被告人意志，受犯罪嫌疑人、被告人意志约束并非意味着他是完全被动的，相反，辩护律师要充分发挥其主动性，辩护律师应该利用自己的法律知识和享有的诉讼权利，最大可能地提出有利于犯罪嫌疑人、被告人的材料和意见。这种主动性表现在：其一，辩护律师凭借自身的知识和权利提出犯罪嫌疑人、被告人自己想不到的材料和意见，只要对于这种材料和意见，犯罪嫌疑人、被告人未明确提出反对导致拒绝律师辩护的，就应认为律师的辩护是反映了犯罪嫌疑人、被告人意志的。其二，对隐瞒事实和提出无理要求的犯罪嫌疑人、被告人进行教育。所以，辩护律师与犯罪嫌疑人、被告人的关系是辩护律师受约束性和辩护律师发挥主动性的统一。

三、庭前程序中的审、控、辩关系

庭前程序中的审、控、辩关系是指控、辩双方在庭审之前或庭外等距离延伸

后形成的审、控、辩关系。有必要强调的几个关系是：

（一）审判方与控、辩双方的关系

庭审外，控、辩双方的活动属于审判的庭外延伸，其本质在于控、辩双方所从事的活动是一种诉讼准备。虽然表面上这种准备没有和法官直接发生关系，但法官的判断实质上左右着控、辩双方收集证据的活动。控、辩双方的竞争在于力求使自己收集的证据和发表的意见得到法官的采信，法官无形中起着主持和裁判作用，这种作用可以促使控、辩双方在庭外形成有效的对抗，充分调动控、辩双方的积极性。

然而，这种积极性可能产生一种副作用，那就是控、辩任何一方都可能在庭外与法官取得联系，预先给法官施加影响，从而使法官无形中先入为主，提高法官对己方证据的采信程度。如果听任这种现象发生，必将影响法官在听审中的公正裁断。基于此，刑事诉讼程序结构理论主张庭审外控、辩任何一方都不得向法官移送任何有关案件的材料，并力求避免控、辩任何一方与法官的单独接触。然而，为了保证法官预先了解案件名称、数量以便决定开庭时间，允许控诉方先向法官递交起诉状或起诉书，但不得对证据和案情作详细描述，尤其禁止移送全部案卷材料和证据。这就是刑事诉讼程序结构理论上著名的“起诉状一本主义”的实质。

此外，法官与庭外控、辩双方的关系有时也表现为法官的实质性参与，主要是指法官对控诉方采取的强制性措施的司法审查权。当然，法官的这种司法审查权一般只限定于对部分涉及人权的重大措施进行审查。目前，这种司法审查从世界范围来看，已带有相当的普遍性。

（二）控、辩双方的关系

控、辩双方在庭审外的对抗不像法庭上那样直接、明显，双方基本上各自处于一种秘密“备战”状态：控诉方负举证责任；犯罪嫌疑人、被告人不负证明自己有罪的责任，同时，对侦查员的讯问有权保持沉默。辩护律师有权调查、询问、收集有利于犯罪嫌疑人、被告人的材料，有权随时与犯罪嫌疑人、被告人会见、通信。为了防止侦查员在收集证据时出现逼供、诱供等非法行为，法律要求在控诉方讯问犯罪嫌疑人、被告人时，必须有辩护律师在场，否则，讯问笔录不能作为诉讼证据。控、辩双方各自收集的证据一般向对方保密。[①] 控、辩双方在庭审外的对抗在权利行使上又有以下区别：其一，控诉方拥有控制诉讼运行的权力，包括决定立案、撤销案件、实际诉讼时间（即在法定诉讼期限内决定何时完成侦查、起诉等行为，也即在时间的早晚上进行控制）、不起诉、缓予起诉和起诉等，同时

---

① 庭前控、辩双方将各自收集的证据向对方保密是刑事诉讼结构的本质要求，现代世界各国刑事司法中实行的庭前控、辩双方相互开示证据的做法，其本质是为防止庭审中控辩双方相互实施证据“突袭”而采取的一种变通性措施。

拥有一定的对嫌疑人采取强制措施和强制性侦查行为的权力。辩护方只享有一般性的调查取证，控诉方讯问犯罪嫌疑人、被告人时在场，对控诉方采取的种种非法行为提出申诉和控告，以及要求快速起诉等权利。其二，控、辩双方各自的调查取证特别是控诉和辩护意见一般相对保密，但对于控诉方违反程序的行为，辩护方特别是辩护律师应及时提出抗议并陈述理由，以便及早纠正违法现象。对于无罪和依法不应追究刑事责任的犯罪嫌疑人、被告人，应及早提出辩护意见，使其能够尽快得到释放处理，恢复正常的生活和工作。这样，既保护了犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，又避免了公安、司法机关不必要的人力、物力浪费。其三，控诉方讯问犯罪嫌疑人、被告人时，辩护律师一般应当在场，但辩护律师与犯罪嫌疑人、被告人会见和通信时，控诉方则不得参与，应保护犯罪嫌疑人、被告人和辩护律师的密谈权。这种保护主要是对控诉方因拥有许多强制性权力而形成的事实上的优势的一种平衡和补救的办法。如果控诉方采用窃听、秘密录音、录像等方法窃取犯罪嫌疑人、被告人和辩护律师的交谈内容的，将构成严重的违法行为。

（三）侦查与检察的关系

侦查与检察的关系是由刑事诉讼程序的庭外“二级延伸”和“三级延伸”引起的，即追究犯罪、运用证据的复杂性需要增加刑事诉讼的准备。设立一个专门的机关从事揭露犯罪、确定嫌疑人工作并进行初步审问以准备案卷材料，这个专门机关即侦查机关或警察机关。

由于设立专门侦查机关的目的在于为检察机关的控诉做准备，以尽量避免由于仓促起诉、证据不扎实而造成对案件的重复调查，所以，侦查与检察的关系明显包括以下三层意思：其一，侦查与检察的分离性。侦查机关所担负的专门性的任务与检察机关的起诉这种“把关”性的工作有区别。这种分离是当今世界各国普遍承认的，也是刑事诉讼发展的必然要求。其二，侦查与检察的同一性。侦查是为控诉服务的，是控诉的准备阶段。这种同一性相应产生了侦查与检察之间的案件传递关系，即检察机关的起诉是在审查侦查机关的侦查材料的基础上提出的。其三，检察对侦查的指挥与控制。检察机关是“权威性”的控诉机关，侦查工作本来应由控诉机关来完成，只是由于追究犯罪的特殊性、复杂性，才产生了侦查机关进行专门调查的必要。这是检察对侦查有权进行指挥和控制的理论基础。这种指挥和控制使得侦查对侦查机关来说首先表现为义务，而对检察机关来说则首先表现为权力。侦查机关有义务完成侦查，而检察机关也同时享有这些权力，尤其是在侦查机关由于种种原因不能完成侦查时，检察机关有权自己作出处理，而不必取得侦查机关的同意。指挥与控制在司法实践中表现为检察机关对侦查机关的侦查活动的领导、监督。这种领导和监督主要包括：一是立案控制权。凡侦查机关未予立案的案件，如果检察机关认为应当立案，检察机关便有权取消侦查机关的不予立案决定，并有权直接作出立案决定交侦查机关侦查。二是对侦查活动

的监督权。检察机关有权随时介人侦查，随时调阅侦查卷宗，在侦查机关采取现场勘查、拘留、搜查、逮捕等侦查中的重大举措时，有权随时临场监督。三是领导和监督的保障在于检察机关应享有对警官的直接处罚权。

四、证人的诉讼地位

证人是由于其证明对认定案件具有重要意义而参加诉讼的。但证人本身没有独立的诉讼地位，证人本身对案件的结局不具有任何倾向性，只是由于其证言对案件具有的意义不同而在诉讼中或者为控诉服务，或者为辩护服务，形成所谓“控方证人”与“辩方证人”的分流；同时，证人有义务接受交叉提问。

证人不负举证和证明责任。他既没有义务提出证据证明被告人有罪，也没有义务提出证据证明被告人无罪。证人的责任仅在于接受公安、司法机关与辩护人的询问并作如实陈述，这个责任就是所谓证人作证的义务。

证人接受询问的义务主要包括：一是接受公安、司法机关的主动调查；二是接受当事人、辩护人的询问；三是出庭作证的义务。如实陈述的义务是指证人必须提供与事实相符的证言，而不能捏造、歪曲事实而作虚假陈述，即不能作伪证。

至于证人作证义务的保障，除了对证人进行思想感化外，对于拒绝作证的证人，可采用一定强制方法强迫其作证；情节严重时法官可追究其刑事责任。对于作伪证的证人，应以伪证罪追究其刑事责任。

【问题与思考】

1. 刑事诉讼目的的含义是什么？
2. 刑事诉讼程序的直接目的是什么？直接目的的理论根据是什么？
3. 刑事诉讼程序的正价值体现在哪些方面？
4. 为什么程序真实先于实体真实？
5. 刑事诉讼程序结构有哪些特点？
6. 刑事诉讼控诉方与辩护方为什么是平等的？
7. 法官中立的含义是什么？
8. 当事人主义和职权主义两种诉讼模式的区别是什么？
9. 犯罪嫌疑人、被告人与辩护律师的关系是什么？
10. 侦查与检察的关系是什么？
11. 案例讨论：

[案例一] 赵某因涉嫌强奸被某县公安局拘留，由于无法收集到足够证据，公安局只得撤销案件，释放赵某，但当地群众强烈要求公安局处理赵某。县政法

委召开公、检、法三家联席会议，会上县公安局局长说："只要检察院敢起诉我就敢重新抓人。"县检察院检察长说："只要法院敢判我就敢起诉。"县法院院长说："你要敢起诉我就敢判。"于是赵某被重新逮捕、起诉，法院判处其有期徒刑 7 年。

问题：本案的处理违背了刑事诉讼的哪些基本理念？为什么？

［案例二］ 1994 年某市王某、杨某等 4 名犯罪嫌疑人，因涉嫌抢劫、杀人被逮捕、起诉，在此后的数年间，该市中级人民法院曾三次判处 4 被告人死刑（立即执行），但每一次均被省高级人民法院以"疑点较多，事实不清"为由撤销原判，发回重审。2003 年该市中级人民法院第四次判决并被告人上诉后，省高级人民法院才终于决定不再发回重审，并依据原有证据对 4 被告人作出无期徒刑以下不等的判决。

问题：本案的处理违背了刑事诉讼的哪些基本理念？为什么？

第四章
刑事诉讼基本原则

第一节 刑事诉讼基本原则概述

一、刑事诉讼基本原则的概念和特点

二、刑事诉讼基本原则的体系

三、刑事诉讼基本原则的地位和功能

第二节 我国刑事诉讼基本原则

一、侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则

二、人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则

三、分工负责、互相配合、互相制约原则

四、人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督原则

五、各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼原则

六、两审终审原则

七、审判公开原则

八、犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则

九、未经人民法院依法判决，不得确定有罪原则
十、保障诉讼参与人的诉讼权利原则
十一、依照法定情形不予追究刑事责任原则
十二、追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则
十三、刑事司法协助原则

第三节 国际通行的刑事诉讼原则
一、司法独立原则
二、无罪推定原则
三、程序法定原则
四、控审分离原则
五、控辩平等原则
六、诉讼迅速、及时原则
七、有效辩护原则
八、禁止重复追究原则

本章概要

刑事诉讼基本原则是“程序正义的基石”，是刑事诉讼法所规定的，贯穿刑事诉讼的全过程或主要诉讼阶段，对刑事诉讼具有指导作用，在刑事诉讼立法和司法中应当遵循的基本准则。刑事诉讼基本原则具有规范性、科学性、概括性、普适性和指导性等特点，具有指导刑事诉讼立法和司法、弥补法律规定的漏洞等功能。我国刑事诉讼基本原则体系虽与国际上其他国家的刑事诉讼原则体系有共同的一面，但更多地表现出自己的特征，这与我国的历史传统及基本国情有关。随着民主、法治进程的加快，这些基本原则体系有向国际通行的基本原则靠拢的趋势。

关键术语

基本原则　审判公开　司法独立　无罪推定　控审分离　控辩平等　迅速及时

第一节　刑事诉讼基本原则概述

一、刑事诉讼基本原则的概念和特点

刑事诉讼法原则并非是些具体的、可以从具体法中直接获得裁判的法律规定，对刑事诉讼法原则，我们往往应当视其是指定方向、但是留有余地的“最优化规定”。而刑事诉讼法也并非总是明确地规定了刑事诉讼法原则。

——【德】约·阿希姆·赫尔曼

刑事诉讼基本原则是指刑事诉讼法所规定的，贯穿刑事诉讼的全过程或主要诉讼阶段，对刑事诉讼具有指导作用，在刑事诉讼立法和司法中应当遵循的基本准则。

刑事诉讼基本原则具有以下几个特点：

第一，规范性。刑事诉讼基本原则都是刑事诉讼法中明确规定的，我国《刑事诉讼法》第 3 条至第 17 条都是有关刑事诉讼基本原则的规定，这些规定对刑事诉讼活动的进行，对国家专门机关和诉讼参与人具有法律拘束力。

第二，科学性。刑事诉讼基本原则总结了刑事司法工作的基本经验，反映了刑事诉讼的基本规律，借鉴和吸收了古今中外有关刑事诉讼的共同文明成果。

第三，概括性。刑事诉讼基本原则与一般的诉讼规则不同，不具有严格的规范形式。一般规则具体规定了权利和义务以及具体的法律后果，具有假定、行为模式和法律后果等严密的逻辑结构形式；基本原则则相对来说比较抽象和概括，从其规定的内容来看，一般不预先设定具体的事实状态，不规定具体的权利和义务，更不规定确定的法律后果。

第四，普适性。刑事诉讼基本原则适用于刑事诉讼的全过程或者主要诉讼阶段。这里的主要诉讼阶段，就是指审判阶段。由于审判阶段是最完整的诉讼形态，所以各国基本上将审判阶段的一些重要原则，例如审判公开、直接言词等作为刑事诉讼的基本原则。

第五，指导性。刑事诉讼基本原则是一般程序制度和规则的原理、基础和出发点。在立法上，其他程序制度和规则的制定，要符合基本原则规定的精神。在司法上，刑事诉讼基本原则也是解释一般程序制度和规则的依据。

二、刑事诉讼基本原则的体系

我国刑事诉讼法中规定的基本原则由三部分组成：

第一部分是所有的法律部门都应当共同遵守的原则。这些原则有：依靠群众原则，以事实为根据、以法律为准绳原则，对一切公民在适用法律上一律平等原则。

第二部分是诉讼法律部门应当共同遵守的原则。这些原则有：各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼原则，两审终审原则，审判公开原则。

第三部分是刑事诉讼中所独有的原则。这些原则有：侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则；人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则；分工负责、互相配合、互相制约原则；人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督原则；犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则；未经人民法院依法审判，不得确定有罪原则；保障诉讼参与人的诉讼权利原则；依照法定情形不予追究刑事责任原则；追究外国人犯罪适用我国刑事诉讼法原则；刑事司法协助原则。

上述三个层面的原则相辅相成，构成了一个有机联系的整体。本教材将重点介绍第二、三部分原则。第一部分原则虽然也是我国刑事诉讼中必须遵循的原则，但关于其内容在法理学教材中一般均有详细介绍，故在本教材中不予介绍。

三、刑事诉讼基本原则的地位和功能

在刑事诉讼法律规范体系中，刑事诉讼基本原则处在刑事诉讼法的指导思想、目的、任务和刑事诉讼具体制度、程序之间的中介地位，起着承上启下的作用，是联结二者之间的桥梁和纽带。一方面，刑事诉讼基本原则是刑事诉讼法的指导思想、目的和任务的体现。我国刑事诉讼法中之所以规定上述基本原则，与我国刑事诉讼法的指导思想、目的和任务是密切相关的。另一方面，刑事诉讼基本原则又是设立具体的刑事诉讼制度和程序的基础与前提，各项具体制度和程序是为贯彻落实刑事诉讼基本原则服务的。

刑事诉讼基本原则的上述地位，决定了刑事诉讼基本原则具有以下功能：

第一，指导刑事诉讼立法功能。刑事诉讼基本原则在刑事诉讼法中具有纲领性的作用，具体的刑事诉讼制度和程序都应当围绕刑事诉讼基本原则的精神而设计：凡是对贯彻实施刑事诉讼基本原则有促进作用的程序和制度都应当予以规定，凡是对贯彻实施刑事诉讼基本原则不利的程序和制度都不应当予以规定或者应当废止。例如，1996 年我国修订《刑事诉讼法》时增加规定了人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督的原则，在具体的程序和制度中就相应地增加了立案监督、侦查监督、审判监督和执行监督等具体程序和方法。又如，刑事诉讼法中规定了任何人未经人民法院依法判决，不得确定为有罪的原则，相应地就必须取消免予起诉制度，将庭前审查程序由实体性审查变为程序性审查，并增加了“证据不足，指控罪名不能成立”的无罪判决方式。再如，基于依靠群众的原则，我国刑事诉讼法中就有大量的方便人民群众参加诉讼的规定，地区管辖中的犯罪地管辖原则，起诉和上诉中的书面与口头方式相结合，接受公民的控告、举报等不受立案管辖

范围的限制等规定，都是这一原则精神的直接体现。

第二，指导刑事诉讼司法功能。刑事诉讼基本原则对司法实践也具有指导作用，最突出地表现在，执法者应当根据刑事诉讼基本原则对刑事诉讼法的规定作出解释。由于法律规则的抽象性，执法者在将刑事诉讼法的普遍性规定适用于具体个案时总是需要对法律规则的精确含义进行解释，以准确界定其构成要件和法律效果，使其具体化、明确化而变得可适用。那么，在解释法律时，基本原则应当成为解释的依据，如果对某一法律规定的含义可以进行多种解释，则应当以与基本原则的精神最相符合的解释为准。例如，我国《刑事诉讼法》第 71 条规定："逮捕后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，应当把逮捕的原因和羁押的处所，在二十四小时以内通知被逮捕人的家属或者他的所在单位。"那么，什么情况属于"有碍侦查或者无法通知的情形"？在执法过程中，就应当根据保障诉讼参与人诉讼权利原则的精神，对这种情形作出从严解释，解释的结果应当是通知的情况是大多数，不通知的情况属于例外。

第三，弥补法律不足和填补法律漏洞功能。由于成文法的固有局限性，即使再高明的立法者也难以穷尽社会生活的现实，故而，在刑事诉讼中有时会碰到法律中无明文规定的现象，在这种情况下，就需要运用刑事诉讼基本原则对一些问题作出适当裁判。同时，通过这种适用，又可以促进刑事诉讼法的不断修改和完善。

第二节 我国刑事诉讼基本原则

一、侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则

我国《刑事诉讼法》第 3 条第 1 款规定："对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。"第 2 款规定："人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。"这一法律规定在学理上被简要概括为侦查权、检察权、审判权由专门机关行使原则。正确理解这一原则需要注意以下几个问题：

1. 公、检、法三机关是刑事诉讼中专门行使侦查权、检察权和审判权的机关，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。这是现代社会中维护刑事法治的必然要求。由于刑事诉讼事关公民的生命与自由，侦查权、检察权如果不赋予专门机关行使，就很容易出现私设公堂和滥用私刑的现象。

2. 公、检、法三机关在刑事诉讼中必须依照法律规定行使侦查权、检察权和审判权。也就是说，公、检、法三机关在行使各自职权办理刑事案件的过程中，

必须严格遵守法律规定的诉讼程序，遵守法律规定的方式、方法，履行相应的法律手续。刑事诉讼必须分阶段、循序渐进地进行，前一个阶段是后一个阶段的基础，后一个阶段是前一个阶段的延续，不允许任意颠倒或者超越诉讼阶段。公、检、法三机关只有严格依照法律规定行使侦查权、检察权和审判权，才能保证刑事诉讼既能实现打击和惩治犯罪的任务，又能充分保障人权，防止出现侦查权、检察权和审判权的滥用现象。

3. 公、检、法三机关行使的侦查权、检察权和审判权具有国家权力的属性，因而这些权力均具有强制性，这些机关行使这些权力不受当事人及其他诉讼参与人意志的约束，任何公民和有关机关、团体及企事业单位均无权拒绝。

4. 公、检、法三机关在刑事诉讼中只能分别行使各自的职权，不能相互代替或者超越本部门的职权行事。这一原则本身就包含诉讼职能分工的精神，国家的侦查权、检察权和审判权分别由不同的国家专门机关行使，本身就是人类刑事司法制度的一大进步，改变了封建时代司法官集侦查、起诉和审判职能于一身的状况。

5. 这一原则也有灵活性的一面。我国《刑事诉讼法》和《关于打击走私犯罪的规定》中对行使侦查权的机关进行了若干例外规定，主要内容是：（1）国家安全机关负责危害国家安全案件的侦查；（2）监狱负责监狱内犯罪的案件的侦查；（3）军队保卫部门负责军队内部发生的刑事案件的侦查；（4）海关走私犯罪侦查部门负责走私犯罪的侦查。但这些例外情形是法律明确规定的，属于“法律另有特别规定的”情形，不能作扩大解释。同时，还应该指出，这里的例外只是针对侦查权而言的，对于检察权和审判权没有任何例外规定。

二、人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则

我国《宪法》第 126 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第 131 条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”《刑事诉讼法》第 5 条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权……不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”这些规定在学理上被概括为人民法院、人民检察院依法独立行使职权的原则，指国家的审判权和检察权分别由人民法院与人民检察院依法独立行使，人民法院行使审判权和人民检察院行使检察权只根据法律的规定，依自己的独立意志决定行为的程序和方式，并独立地作出结论，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

正确理解人民法院依法独立行使审判权和人民检察院依法独立行使检察权的原则，要注意把握以下几点：

1. 人民法院、人民检察院行使审判权、检察权具有独立性。所谓独立性，就是人民法院、人民检察院在法定权限内办案，除了服从法律以外，不服从任何机关、社会团体和个人有关处理具体案件的指示或命令，任何行政机关、社会团体

和个人不得干涉人民法院、人民检察院的审判工作和检察工作。

2. 人民法院和人民检察院必须依法行使审判权和检察权，即必须在法定的权限范围内依照实体法与程序法办理刑事案件。人民法院和人民检察院的任何一个公职人员都不得借口“独立”滥用职权。他们行使职权所作的各项决定，都必须忠于事实真相并符合法律规定。

3. 独立行使审判权、检察权，是指人民法院、人民检察院作为一个组织整体独立行使审判权、检察权，而不是由“审判员”、“检察员”个人独立行使。这与西方国家的“法官独立”具有原则性区别。所以，人民法院院长和审判委员会、人民检察院检察长和检察委员会对具体案件的审判、检察工作提出意见或作出决定，不是干涉独立行使审判权、检察权，而是贯彻民主集中制原则的体现，是保证审判权、检察权正确行使的必要条件。

4. 我国法律规定的独立行使审判权、检察权与西方国家的“司法独立”不仅阶级本质不同，而且法律机制和具体内容也有显著区别。西方国家的“司法独立”，是资产阶级三权分立原则的组成部分，它是相对于立法权、行政权而言的，旨在让立法、行政和司法互相制衡。我国的司法机关和行政机关都对权力机关负责，并受权力机关监督。所以，我国法律规定独立行使审判权、检察权，不是说审判权、检察权与立法权相鼎立，而是指人民法院、人民检察院行使审判权、检察权不受非法干涉。

5. 人民法院、人民检察院独立行使审判权和检察权，并不是否定党的领导。在我国，要坚持司法工作的人民民主专政的性质和社会主义方向，就必须坚持中国共产党的领导。但是在刑事诉讼中，党的领导主要是政治领导和组织领导，为审判工作、检察工作制定正确的路线、方针和政策，用马列主义、毛泽东思想、邓小平理论教育审判人员、检察人员，提高他们的政治素质和业务素质。党的领导不是审批具体案件，不是对具体案件定框框、下命令，不是“以党代法”、“党法不分”。

6. 由于人民法院与人民检察院的体制不同，独立行使审判权和独立行使检察权的内部机制也略有不同。人民法院的上下级关系是审级监督关系，人民检察院的上下级关系是领导与被领导关系。上级人民法院对于下级人民法院就具体案件的审判，不能直接干预，不能指令下级法院如何审判，只能通过第二审程序和审判监督程序监督下级人民法院的工作。人民法院是以审级独立的方式依法独立行使职权。而上级人民检察院可以直接领导下级人民检察院的业务，例如，撤销下级人民检察院向同级法院提出的抗诉，等等。这即是说人民检察院是以系统独立的方式，检察一体化地独立行使职权的。

三、分工负责、互相配合、互相制约原则

《刑事诉讼法》第 7 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉

讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”这一规定明确了在刑事诉讼中正确处理公、检、法三机关相互关系的一条基本原则——分工负责、互相配合、互相制约。

分工负责，是指公、检、法三机关根据法律规定的职权各负其责、各尽其职，严格依照分工进行诉讼活动，不允许互相代替和超越职责权限。公安机关不能代替法院行使审判权，也不能代替检察机关行使检察权；法院不能代替公安机关行使侦查权，也不能代替检察机关行使检察权；检察机关对于不属于自己侦查的案件，不能代替公安机关行使侦查权，也不能代替法院行使审判权。同时，三机关对属于自己分工范围内的活动也不能推诿。

互相配合，是指公、检、法三机关在分工负责的前提下，为了实现惩罚犯罪、保护人民的共同任务，全力合作、互相支持。

互相制约，是指公、检、法三机关的工作互为条件，彼此监督，并且依照法律规定的职权对其他机关的有关决定提出异议，互相防止和纠正在诉讼过程中可能出现和已经出现的错误。

分工负责、互相配合、互相制约三者之间相辅相成，缺一不可。其中，“分工负责”是最基本的前提，“互相制约”是“分工负责”的表现形式，“互相配合”则是“分工负责”和“互相制约”的客观结果。

在人类法律制度的发展史上，侦查权、检察权从审判权中分立出来，成为国家司法机关的专门职能，是人类诉讼活动的一大飞跃，具有重大的历史进步意义，它彻底摧毁了封建时代侦查权、检察权和审判权集于一身的专横的司法体制，推动了刑事司法的现代化、正规化进程。也正是基于这一点，各社会主义国家在建立自己的司法体制时，都批判地借鉴了这种侦查权、检察权和审判权分立的模式。我国刑事诉讼法也将这种模式固定下来。在这样一种司法体制中，处理公、检、法三机关相互关系的基本前提当然必须是分工负责。只有公、检、法三机关根据法律所赋予的诉讼职能各司其职、各尽其责，才能保证刑事诉讼活动的顺利进行，完成刑事诉讼法所规定的任务，任何机关的渎职行为、任何削弱某一机关诉讼权能的企图都是有害的。

人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中分工负责这一核心内容是通过相互制约的形式体现出来的。在我国刑事诉讼中，公、检、法三机关的诉讼行为是通过相互制约的机制有机地联系在一起的，某一机关权力的行使必将成为另一机关行使某种权力的前提，哪一个机关都不能超越诉讼阶段、超越自己的权能范围去进行诉讼活动。当然应该明确的是，这里所讲的制约是依据正当的法律程序进行的，而不是非程序的制约，也就是说不是在法定的程序之外互相对立，故意制造摩擦。依据正当的法律程序进行制约的主要内容就是各机关在法律规定的范围内各自履行自己的职责，并对其他机关是否依法履行了自己的职责实行监督。

人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中的互相配合不是一种外在的

内容，而是隐藏在“分工负责、互相制约”后面的一种客观的必然结果，也就是说分工负责是自发的，而不是人为的。我们知道，刑事诉讼立法是一个科学的体系，它依据一定的原则，将不同的诉讼职能在公、检、法三机关之间进行了科学的划分，某一机关进行某种诉讼行为的时候，必然要求其他机关采取相应的诉讼行为。这在表面看起来互相有一种制约关系，但是分工负责、互相制约自然就会使得各机关积极地履行自己的职责，各机关的诉讼行为构成一个有机联系的整体，将刑事诉讼活动一步一步地、有条不紊地进行下去，刑事诉讼的每一个成果都是三机关相互之间密切配合的结果。由此我们可以看到，“互相配合”的中心内容在于各机关依照法律的规定切实履行自己的职责，而不是为了配合某一机关的工作而放弃自己的诉讼权能，或者为了达到某一目的而人为地削弱另一机关的权能。这样做，只能适得其反，打乱了各机关诉讼行为的有机联系，对整个刑事诉讼活动的顺利进行极为有害。由此还可以看到，互相配合与互相制约并不是一对矛盾，那些为了配合而配合，片面强调互相配合而忽视互相制约的观点是错误的。在司法实践中曾经有过“三家联合办案”的做法，这至少不是一个成功的经验。

四、人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督原则

我国《刑事诉讼法》第 8 条规定：“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”这是本原则的直接法律依据。

人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督的原则，是由人民检察院的性质以及人民检察院在国家机关中的地位和作用决定的。根据我国宪法的规定，人民检察院是国家的法律监督机关，其中心职责就是要监督国家法律的正确实施。刑事诉讼作为一种重要的国家活动，能否正确地实施国家法律，理应成为人民检察院进行监督的重点。

人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督，是由人民检察院在刑事诉讼中的地位决定的。我国刑事诉讼中的人民检察院不同于西方国家的检察官，它不是与被告人对等的当事人之一方，而是具有法律监督职能的国家司法机关，除了具有控诉职能以外，还要负责对整个刑事诉讼活动进行法律监督。从我国的刑事诉讼结构来看，如果将从侦查、起诉到审判的刑事诉讼的过程比作一场接力赛的话，人民检察院的审查起诉和提起公诉的活动，正好处在这一过程的中间环节，起着承上启下的作用。因此，由检察机关对先行的公安机关的侦查活动和后续的人民法院的审判活动进行法律监督，也是刑事诉讼能否依法顺利进行的重要保证。

人民检察院对刑事诉讼实行法律监督，也是变化了的社会现实的需要。我国《刑事诉讼法》颁布施行以来，随着社会主义市场经济的迅速发展，执法环境发生了很大变化，各方面的法律在成倍地增长，司法队伍在迅速扩大，严重刑事犯罪活动也有了显著增加。同时，市场经济条件下“权钱交易”的腐败幽灵在影响着

司法的公正性，被地方利益驱动的地方保护主义也在严重侵蚀着司法队伍。有法不依、执法不严、违法不究的现象已经引起人民群众的极大不满，成为全党、全民关注、议论的问题。为了解决这些问题，《刑事诉讼法》突出了以权力制约权力的思想，将人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督作为一条刑事诉讼的原则规定在总则中，表现了国家权力机关对新形势下人民检察院要加强刑事诉讼法律监督问题的高度重视。

人民检察院依法在刑事诉讼中实行法律监督的措施主要体现在以下几个方面：

1. 立案监督。人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件不立案侦查，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案的理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。这些都体现了检察机关对公安机关立案的有力监督。

2. 逮捕监督。逮捕犯罪嫌疑人、被告人，除少量由人民法院直接受理的案件中由人民法院决定外，必须经过人民检察院批准。人民检察院通过批准程序对公安机关这一部分的侦查活动是否合法、适用法律是否准确进行监督。法律规定，检察机关如果发现公安机关的侦查活动有违法情况，应当通知公安机关予以纠正，公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

3. 起诉监督。人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，经审查后，应当作出起诉决定，或者作出不起诉决定。这一审查是对公安机关侦查工作的质量即犯罪事实是否查清、适用法律是否准确的审查，也是对公安机关的工作是否遵守法定程序的审查，并最后作出是否提起公诉的决断。因此，审查起诉本身就是法律监督。

4. 审判监督。人民检察院认为人民法院的第一审判决、裁定有错误的，应当向上一级人民法院提出抗诉；上一级人民法院应当开庭审理。最高人民检察院对于各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对于下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权依照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理，对于原判决事实不清或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审。公诉人在出庭支持公诉的过程中，发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序的，人民检察院有权在开庭以后，向人民法院提出纠正意见。这也体现了人民检察院对人民法院审判活动的监督。

5. 执行监督。人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当的，应当向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。人民检察院认为刑罚执行机关批准对罪犯暂予监外执行不当的，应将书面意见递交批准暂予监外执行的机关，该机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定重新审查。此外，人民检察院还要对刑罚执行机关执行刑罚的活动是

否合法实行监督，如果发现有违法的情况，应当通知执行机关纠正。

五、各民族公民有权使用本民族语言文字进行诉讼原则

我国《刑事诉讼法》第 9 条规定："各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。"这一规定是本原则的直接法律依据。

本原则由三个相互关联的内容构成：

1. 各民族公民都有使用本民族语言文字进行诉讼的权利。具体来讲，不论是作为当事人还是作为其他诉讼参与人，各民族公民都有权用本民族的语言回答公安、司法人员和其他诉讼参与人的问话、发表自己的意见，都有权用本民族的文字书写证人证言、上诉书、申诉状及其他诉讼文书。

2. 公安、司法机关有义务为不通晓当地语言文字的诉讼参与人指派或聘请翻译人员进行翻译。这就意味着翻译人员的劳务报酬由国家支付，而不由诉讼参与人承担。

3. 在少数民族聚居或多民族杂居的地区，对案件的审理应当用当地通用的语言。起诉书、判决书、布告、公告或其他文书，应当使用当地通用的一种或几种文字；对于不通晓当地通用文字的诉讼参与人，在有条件的情况下，应当用他所通晓的文字向他送达诉讼文书，或者聘请翻译人员，向他翻译诉讼文书的内容。

各民族公民都有使用本民族语言文字进行诉讼的权利，这是保证各民族公民在刑事诉讼中享有平等地位的重要条件。在刑事诉讼中，只有坚决贯彻执行这一规定，才能保证诉讼的顺利进行和案件的正确处理，才能真正保障各少数民族公民平等地享有诉讼权利，申请回避权、获得辩护权、上诉权等诉讼权利才可能得到实现和行使。同时，坚持各民族公民都有使用本民族语言文字进行诉讼的权利，也有利于进行法制宣传、教育。在少数民族聚居地区或多民族杂居地区的人民法院用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件，能够使当地居民了解案件情况，知道犯罪行为和被告人应受到的惩罚，实际上对当地居民可以起到法制宣传、教育作用。

六、两审终审原则

我国《刑事诉讼法》第 10 条规定："人民法院审判案件，实行两审终审制。"这一规定是两审终审原则的直接法律依据。

两审终审，是指一个刑事案件经过两级法院的审判即告终结的一项制度。具体而言，即地方各级人民法院依照第一审程序对案件进行审判以后，如果存在合法的上诉或抗诉，还要由第一审法院的上一级人民法院依照第二审程序对案件进

行审判。第二审人民法院所作的判决或裁定是终审的判决或裁定，除死刑案件外，应当交付执行。

理解这一原则时，要注意以下几个问题：

1. 两审终审原则是针对地方各级人民法院而言的，最高人民法院所作的第一审判决，就是终审判决，不存在两审终审的问题。

2. 启动第二审程序的条件是必须有合法的上诉和抗诉。如果第一审程序结束以后，没有合法的上诉或者抗诉，就不会引起第二审程序。所谓合法的上诉和抗诉包括两个方面的内容：一是上诉或者抗诉的主体要符合法律规定；二是上诉或者抗诉应当在法定的期限内进行。

3. 死刑案件的第二审判决或者裁定不是生效的判决或者裁定，因为对于死刑案件，刑事诉讼法中专门设立了死刑复核程序，经过第二审程序以后，还要进行死刑复核程序，死刑判决才能发生法律效力。

4. 两审终审的制度是针对判决方式结案而设的，对于刑事自诉案件，如果采用调解方式结案的，则采取一次性裁决方式，不适用两审终审的规定。

实行两审终审的审级原则是符合我国的实际情况的。在我国的刑事诉讼中，需要判处有期徒刑以上刑罚的案件主要是公诉案件，而凡属公诉案件，在人民法院审判前，都已经过公安机关的侦查和人民检察院的审查决定起诉这样两个大的诉讼阶段。人民法院收到移送起诉的案件后，再经过两级法院分别按照第一审程序和第二审程序进行审判，基本上都能使案件得到正确处理。同时，由于我国幅员辽阔，交通不便，也不宜有更多的审级。当然也不宜实行一审终审制，因为这也不利于切实保障案件质量和当事人的诉讼权利。所以，实行两审终审制符合我国实际情况，既能保障当事人的诉讼权利和案件质量，又可以方便群众，节省人力和物力。

七、审判公开原则

我国《宪法》第125条规定："人民法院审理案件，除法律规定的特别情况外，一律公开进行。"《刑事诉讼法》第11条规定："人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。"这是审判公开原则的法律依据。

审判公开原则包括以下几个方面的内容：

1. 审判信息的公开。即在开庭前的一定时间内，要以法庭公告的形式向社会公布案由、当事人的姓名、案件审判的时间和地点。

2. 审理过程的公开。法庭审理案件的全过程，除了合议庭评议之外都应当公开进行，允许人民群众旁听案件审判，允许新闻记者对法庭审理进行采访和报道。

3. 审理结果的公开。要公开宣告判决，向社会详细地宣告判决的结果和理由。

但是，各国从保护公共利益和当事人合法权益的角度出发，对于审判公开原则均设置了一些例外规定，我国《刑事诉讼法》第152条也从我国的国情出发，

规定下列情况下，不公开审理：（1）涉及国家秘密的案件，不公开审理。（2）有关个人隐私的案件，不公开审理。（3）14周岁以上不满16周岁的未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16周岁以上不满18周岁的未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

此外，最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第121条第2款还规定："对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件，法庭应当决定不公开审理。"在理解这些规定时，需要注意掌握以下几点精神：第一，这些例外规定有的是从维护国家安全角度考虑的；有的是从保护当事人的名誉，防止对社会产生不良影响和后果角度考虑的；有的则是从对未成年人特殊保护角度考虑的，因而均是十分必要的。第二，这些例外情形只是针对法庭审理过程而言的，对于宣判过程则没有例外规定，即使是不公开审理的案件，宣判仍然要公开进行。第三，对于不公开审理的案件，在法庭审理过程中要宣布不公开审理的理由。第四，共同犯罪案件中，如果有一个被告人具备不公开审理的情形，那么，全案的法庭审理都不应当公开进行。

审判公开是民主政治的必然要求，在刑事诉讼中贯彻执行这项原则具有重要的意义：首先，通过审判公开，将审判过程置于社会监督之下，便于发现明显的执法不当甚至违法现象，增加诉讼的透明度，加强群众监督，防止法院执法不公造成错案。其次，审判公开体现了诉讼的科学性，可以促使侦查、起诉、审判机关严格依法办案和保证诉讼质量，防止片面性，客观、公正地查明案件情况，正确地适用刑法。最后，审判公开也是法制宣传和教育的有效途径。通过公开审判，使社会了解案情，增强社会公众的法制意识，自觉遵守法律，敢于同犯罪行为作斗争。同时，审判公开对社会危险分子也会产生震慑作用，预防犯罪发生。

八、犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则

我国《宪法》第125条规定："被告人有权获得辩护。"《刑事诉讼法》第11条规定："被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。"这是本原则的法律依据。由于犯罪嫌疑人和被告人是在刑事诉讼中不同的诉讼阶段对刑事被追诉者的两种不同的称谓，为了全面理解这一原则，这里将本原则概括为犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则。

这一原则是由两部分相互联系、不可分割的内容构成的：

（一）犯罪嫌疑人、被告人依法享有辩护权

辩护权是犯罪嫌疑人、被告人针对控诉进行申辩，提出说明自己无罪、罪轻或减轻、免除其刑事责任的材料和意见，以维护自己合法权益的权利。辩护权是犯罪嫌疑人、被告人依法享有的最基本的诉讼权利，也是犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼中为维护自己合法权益而采用的主要手段。

我国法律规定犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权，是不附有任何先决条件的，

没有“但书”规定的限制。这就表明：

第一，辩护权作为犯罪嫌疑人、被告人的一项诉讼权利，贯穿在整个刑事诉讼的过程中，不受诉讼阶段的限制。被告人具有辩护权同被告人是否可以聘请辩护人为自己进行辩护是两个不同的概念：前者是后者的基础，但是后者只是前者的一个派生内容，不能概括前者的全部内容。被告人请辩护人辩护可能要受到诉讼阶段的限制。例如，我国刑事诉讼法规定，只有到审查起诉阶段，被告人才可以请辩护人进行辩护，但这不等于说在侦查阶段犯罪嫌疑人就没有辩护权。实际上任何人从被确定为犯罪嫌疑人开始，就享有完全的辩护权，在侦查阶段他完全可以自行行使这项权利，侦查机关也有义务保证他们行使辩护权，应当在调查案件的同时认真听取他们所作的申辩和解释。

第二，辩护权不受犯罪嫌疑人、被告人是否有罪、罪行轻重的限制。无论犯罪嫌疑人、被告人有罪无罪、罪轻罪重，都享有平等的辩护权。对于那些被控犯有重罪、可能被处以极刑的被告人，更应充分保障他们依法所享有的辩护权，以防止出现错案，造成难以挽回的损失。因为被告人有罪、罪重，应当予以严厉制裁，就限制、剥夺其辩护权，是与《宪法》和《刑事诉讼法》关于被告人有权获得辩护的原则相违背的。

第三，辩护权不受案件调查情况的限制。无论案件事实是否清楚，证据是否确实、充分，犯罪嫌疑人、被告人都依法享有辩护权。即使是当场被抓获、人赃俱在的现行罪犯，对其依法所享有的辩护权也不得加以限制。被告人的辩护并不仅仅是司法机关查明案情的一种手段，不能根据司法机关查明案情的需要而决定取舍，必须把辩护作为犯罪嫌疑人、被告人依法享有的基本权利加以保障。

第四，辩护权不受犯罪嫌疑人、被告人认罪态度的限制。无论犯罪嫌疑人、被告人是否认罪，是否坦白交代，均不能以之为限制其辩护权的理由。因为犯罪嫌疑人、被告人无论是否坦白、认罪，都有权提出有利于自己的证据和理由进行辩护，应通过辩护来维护被告人合法权益也不因此而改变，不能将被告人否认有罪或罪重的辩护当作抗拒行为加以限制。是否坦白及认罪的态度如何，仅在被告人有罪时表明其是否悔罪和其社会危险性的程度，在定罪以后，可以作为量刑时考虑的一个因素，不应作为限制犯罪嫌疑人、被告人依法行使辩护权的理由。

第五，辩护权的行使不受辩护理由的限制。犯罪嫌疑人、被告人依法享有辩护权并不等于一定都具有从轻、减轻、免除刑事责任的辩护情节，平等的辩护权不等于有相同的辩护理由。权利的享有和行使与实际辩护理由的多少是两个不同的概念，何况只有在犯罪嫌疑人、被告人充分行使辩护权之后，才能得知其理由如何，所以不允许以犯罪嫌疑人、被告人没有什么辩护理由为借口，限制或漠视其依法享有的辩护权。

（二）公安、司法机关负有保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权的义务

权利主体享有的权利是以义务主体承担保障权利实现的相应义务为基础的，

因此，在刑事诉讼中，公安、司法机关保障被告人享有辩护权的义务是犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护的原则的核心内容。根据法律的规定，公安、司法机关在保障犯罪嫌疑人、被告人辩护权方面应当做到以下几个方面：

第一，办案人员在诉讼过程中应当主动告知犯罪嫌疑人、被告人有哪些诉讼权利以及如何行使这些权利。

第二，办案人员对犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权所采取的方式不应苛求。他们在行使辩护权时，可以采取法律规定的任何一种形式，既可以是口头的，也可以是书面的；既可以自行辩护，也可以委托他人辩护；既可以在侦查、起诉阶段提出，也可以在审判过程中提出。只要符合法律规定的要求，公安、司法人员都应当许可。

第三，办案人员必须认真听取犯罪嫌疑人、被告人提出的辩解、反证或申诉，并切实采纳犯罪嫌疑人、被告人的合理辩护意见。

第四，办案人员不得以任何借口非法限制或者剥夺犯罪嫌疑人、被告人的辩护权。

我国法律把犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护作为刑事诉讼的一条基本原则加以规定，是由我们国家的社会主义性质和刑事诉讼的根本任务决定的，是符合马克思主义辩证唯物主义认识论的要求的；目的在于保证公安、司法机关客观、公正地查明案件的事实真相，正确地适用法律，公正地适用刑罚，保障无罪的人不受刑事追究，维护社会主义法制的严肃性。具体而言，在刑事诉讼中贯彻执行犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则，具有以下几个方面的意义：

第一，实行这一原则，有利于体现社会主义刑事诉讼的民主精神。在刑事诉讼中，一个公民被控告犯罪，处于被告人的地位时，法律上保障他有讲出自己不同意见、对控告进行反驳和辩解、维护自己的合法权益的权利，既可以保障无罪的人不受刑事追究，又可以保证对有罪的人判处与其罪行相当的刑罚。这是体现我国社会主义民主和社会主义法制原则的一项基本的民主权利，是以允许被告人在刑事诉讼中为自己辩解为特点的一项民主权利。如果在刑事诉讼中不允许被告人申辩和解释，使他有理不能讲、有冤不能伸，合法权益不能得到保护，显然是于情不合、于理不公，失之专横，有悖于社会主义民主原则，不利于法律的正确执行，也违背了国家和人民的利益。

第二，实行这一原则，有利于客观、全面地查明案情，正确地适用法律。在刑事诉讼中，控诉与辩护是一对相对应的诉讼职能，两者之间是对立统一关系。一方面，辩护就是反驳控告，与控告是对立的；另一方面，辩护与控告又是相互依存的，辩护是针对控告进行的，离开控告则无所谓辩护，而控告内容的真实性需要经过辩护来“检验”，如果不经过辩护，仅仅根据控告定案，就容易犯主观片面性的错误。被告人有权获得辩护，正是反映了这样的哲学上的认识规律。被告人有权获得辩护，就可以使办案人员在了解控告的内容和证据的同时，也听取被

告人申辩的理由和根据；在注意对被告人不利的材料的同时，也注意对被告人有利的材料，在全面掌握案情的基础上，通过去伪存真、去粗取精的分析研究过程，排除假象，分清有罪或无罪、此罪或彼罪、罪重或罪轻等界限，准确地认定案件事实，正确地适用法律，防止主观片面性，减少和避免错误。

第三，实行这一原则，有利于保护被告人的合法权益。在刑事诉讼中，被告人只是被控告犯了罪的人，但在法律上并未确定他就是罪犯。因此，在打击犯罪、惩罚犯罪的同时，必须切实、有效地保护被告人的合法权益，保证无罪的人不受刑事追究。由于被告人在刑事诉讼中处于被追究刑事责任的特殊地位，存在着矛盾的心理状态，案件处理结果与他有直接的利害关系，他可能不愿意或不敢为自己进行辩解。法律明确规定被告人有权获得辩护，就可以使被告人在诉讼过程中有理有据地反驳控诉，使无罪者受到追究时能够被及时发现，得到纠正，免受冤屈；有罪者如果罪轻或者有从轻、减轻、免除处罚的情节，或者是不应追究刑事责任的，则不致受到罚不当罪的处罚或者错误的追究，这就使被告人的合法权益得到了切实、有效的保障。

第四，实行这一原则，有利于带动其他诉讼制度的开展。辩护作为刑事诉讼中的三大诉讼职能之一，在刑事诉讼中处于核心的地位，很多诉讼制度和诉讼程序都是围绕辩护原则建立的。因此，坚持辩护原则，对于坚持其他诉讼制度和诉讼程序具有非常重要的意义。很明显，没有辩护原则，就不可能有对抗式的法庭审判模式；没有辩护原则，也就不可能有上诉制度，等等。

第五，实行这一原则，有利于进行法制宣传和教育。被告人有权获得辩护的原则，可以使被告人有条件和机会充分地申述个人的意见，并同公诉人、被害人或自诉人进行面对面的辩论。其中，正确的意见为公安、司法机关所接受；无理的狡辩受到揭露和批驳；错误的意见得到有充分说服力的否定。这就有利于促使犯罪分子端正态度，认罪伏法。同时，充分的法庭辩论，可以使旁听群众了解案情和是非曲直，知道什么行为违法，应当坚决抵制；知道什么行为合法，应当受到支持和保护。这样就有利于增强广大群众的法制观念，提高同违法犯罪行为作斗争的积极性和自觉性。

九、未经人民法院依法判决，不得确定有罪原则

我国《刑事诉讼法》第 12 条规定："未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。"这是 1996 年修订后的《刑事诉讼法》增加确立的一条原则。

本原则有两个核心内容：（1）确定被告人有罪的权力由人民法院统一行使。定罪权是刑事审判权的核心，人民法院作为我国唯一的审判机关，代表国家统一行使刑事审判权。不论被告人事实上是否有罪，不经人民法院依法判决，在法律上不应确定他就是罪犯。公安、检察机关在立案、侦查、审查起诉阶段虽然也可以从程序上认定犯罪嫌疑人有罪，但这种认定只具有推进诉讼程序的作用，而不

是对案件作出的终局性的实体认定。（2）人民法院确定任何人有罪，必须依法判决。未经依法开庭审理，依据刑法作出判决，并正式宣判，人民法院也不得确定任何人有罪。

为了贯彻执行这一原则，刑事诉讼法中规定了一系列的措施：第一，严格界定了“犯罪嫌疑人”。任何人在被起诉以前只能称为犯罪嫌疑人，只有在被正式起诉以后才能称作被告人；同时，取消了过去经常使用的“人犯”的概念。第二，降低了逮捕的条件，即将“主要犯罪事实已经查清”改为“有证据证明犯罪事实”；同时，也明确肯定了逮捕是一项诉讼措施，而不是实体处罚。这就从根本上改变了被逮捕的人就是罪犯的错误观念。第三，取消了人民检察院的免予起诉制度，以防止人民检察院对人民法院定罪权的分割。第四，改变了庭前初步审查程序的性质，将原来的实体性审查变为程序性审查。在审查的内容上，只审查程序问题；在审查的方法上，只进行书面审查；在决定开庭审判上，并不以被告人的行为构成犯罪作为前提条件。第五，改革庭审制度，将原来的法官主审制变为当事人对抗制，同时强调直接原则，要求一切证据必须在法庭上经过查证属实以后才能作为定案的根据。这就从根本上明确了控诉方的举证责任，以及不得强迫被告人自证其罪的原则。第六，规定了罪疑从无的疑案处罚原则。《刑事诉讼法》第162条第3款规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”

从上述改革措施中可以看出，未经人民法院依法判决，不得确定有罪原则，体现了国际通行的无罪推定原则的基本精神，是我国刑事诉讼迈向民主和文明的一大进步。但是，与无罪推定原则相比，由于目前我国刑事诉讼法中还没有引进沉默权制度，所以还不能把这项原则称为无罪推定原则。

十、保障诉讼参与人的诉讼权利原则

我国《刑事诉讼法》第14条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。对于不满十八岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。诉讼参与人对于审判人员、检察人员和侦查人员侵犯公民诉讼权利和人身侮辱的行为，有权提出控告。”这一规定在学理上被概括为保障诉讼参与人的诉讼权利原则。

对于本原则的内容，应当从以下四个方面理解：（1）诉讼权利是一种法定权利，应当受到法律的保护。（2）公安、司法机关自己首先要尊重诉讼参与人的诉讼权利，并有责任采取措施排除他们行使诉讼权利过程中的各种障碍。（3）诉讼参与人有权用法律手段维护自己的诉讼权利，有关机关对于侵犯诉讼权利的行为应当负责认真查处。（4）对于未成年诉讼参与人要给予特殊的法律保护。未成年人由于其生理和心理的发育未完全成熟，不完全具备充分保护自己和有效行使诉讼权利的能力，故而需要法律制定专门措施给予特殊保护。所以该条规定，在讯

问和审理未成年的犯罪嫌疑人、被告人时，可以通知其法定代理人到场，目的是帮助未成年人行使其诉讼权利。

在刑事诉讼中，诉讼参与人都在不同程度上以不同方式参加诉讼活动。诉讼参与人由于参加的诉讼法律关系不同而具有不同的诉讼地位，享有不同的诉讼权利。这些人员中，有的与诉讼结果有切身的利害关系，如当事人；有的与诉讼结果无利害关系，如证人、鉴定人等。前者参加诉讼是为了保护他们的合法权益；后者参加诉讼，是履行法律规定的义务或执行一定的职务。当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利，很大程度上对公安、司法机关的职权活动具有制约意义，比如犯罪嫌疑人在侦查阶段的委托律师帮助权对侦查权的制约，被告方的证人证言对公诉人主张和法庭裁判的制约，等等，因而诉讼参与人的诉讼权利对于防止和纠正公安、司法人员的主观主义，改进公安、司法机关的工作，及时纠正办案过程中可能产生的错误，准确惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，有着重要意义。

十一、依照法定情形不予追究刑事责任原则

我国《刑事诉讼法》第 15 条规定："有下列情形之一的，不追究刑事责任，已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪：（一）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（二）犯罪已过追诉时效期限的；（三）经特赦令免除刑罚的；（四）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（五）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（六）其他法律规定免予追究刑事责任的。"

上述规定是依照法定情形不予追究刑事责任原则的直接法律依据。从这一规定中可以看出，不予追究刑事责任的情形，大体上可以分为三类：

第一类是不能追究刑事责任的情形。这种情形是指行为人的行为虽然违法，也具有社会危害性，但由于行为人的行为情节显著轻微、危害不大，依照刑法规定，尚不构成犯罪，故不能追究刑事责任。

第二类是依法不追究刑事责任的情形。包括：（1）犯罪已过追诉时效期限的。这是指有的犯罪分子犯罪后，经过若干年没有被追诉，本人也未再犯新罪，对社会已无危害，没有必要再对他追究刑事责任。我国《刑法》第 87 条对此作了具体规定。（2）经特赦令免除刑罚的。特赦是一种赦免制度。受到特赦令免除刑罚的犯罪分子，不论其刑罚已执行一部分或是完全没有执行，人民法院、人民检察院、公安机关都不应再次进行追究。（3）于告诉才处理的案件，国家把此类犯罪的追诉权赋予被害人，即把被害人的告诉作为追究犯罪分子刑事责任的条件。如果被害人没有告诉，或者告诉以后又撤诉的，就是被害人放弃了追诉权利，也就不具备追究刑事责任的条件，人民法院就不应立案或者继续审理，进行追究。（4）其他法律规定免予追究刑事责任的。

第三类是无法追究刑事责任的情形。这是指犯罪嫌疑人、被告人死亡的情形。我国刑法实行罪责自负原则，只有实施犯罪行为的人才承担该行为的法律责任。犯罪嫌疑人、被告人已经死亡的，追究刑事责任的对象已经消失，事实上已经无法对其进行追究，因而进行刑事诉讼就失去了意义。

《刑事诉讼法》中确立依照法定情形不予追究刑事责任原则，具有重要的意义：首先，有利于保证国家追诉权能够统一、正确地行使，防止任意扩大追诉范围。其次，有利于防止和及时纠正对不应追究刑事责任的人错误地进行追究，以保护其合法权益。最后，有利于节省司法资源。这一原则可以使人民法院、人民检察院和公安机关避免无效劳动，集中精力打击那些严重危害社会主义现代化建设，严重危害社会治安、危害国家安全的犯罪分子和其他刑事犯罪分子，以保障现代化建设的顺利进行，维护安定团结的社会秩序。

因此，在实践中执行这一原则的总的精神是，在任何诉讼阶段上发现了这些情形都应当采取相应的措施，尽快结束刑事追诉，以防止刑事诉讼程序无谓地延续下去：（1）在立案阶段。人民法院、人民检察院和公安机关在对控告、举报和犯罪人自首的材料进行审查后，如果认为有上述六种情形之一，就应当作出不予立案的决定。（2）在侦查阶段。公安机关和人民检察院在侦查中发现有不论上述哪种情形的，都应当作出撤销案件的决定。撤销案件是指撤销原来的立案决定和对犯罪嫌疑人采取的强制措施，终止案件的侦查程序。（3）在审查起诉阶段。公安机关侦查终结的案件，移送人民检察院后，人民检察院在审查起诉中发现具有上述六种情形之一的，应当作出不起诉的决定。（4）在审判阶段。人民法院受理案件后，发现有上述情形的，应当分别不同情形处理。对于第一种情形，应当作出判决，宣告无罪；对于被害人撤回告诉的，应当用准许撤诉的裁定结案；对于其他情形，则应当裁定终止审理。

十二、追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则

我国《刑事诉讼法》第16条规定：“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用本法的规定。对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”这一规定在学理上被概括为追究外国人刑事责任适用我国刑事诉讼法原则。该原则明确了我国刑事诉讼法对外国人的效力，是关于我国刑事诉讼法适用范围的规则，是国家主权原则在刑事诉讼中的重要体现。

我国是一个独立的主权国家，任何人包括外国人在我国领域内犯罪，都应当适用我国刑事诉讼法的规定，进行立案、侦查、起诉和审判。这就从根本上否定了“治外法权”的存在，维护了我国的国家主权。但是，对于享有外交特权和豁免权的外国人在我国领域内犯罪的，则根据国际公约或者国际惯例，应当通过外交途径解决。这一例外规定，是我国在国际法上承担的义务，而且是本着对等互惠的原则予以执行的。所谓外交途径，一般是指下列三种处理方式：（1）宣布为

不受欢迎的人，要求派遣国将其召回处理；（2）令其限期出境；（3）驱逐出境。应该指出的是，这一例外只是确定刑事责任的途径，并不对我国的刑事诉讼程序产生影响，只要是由我国公、检、法机关侦查、起诉和审判的案件，就必须适用我国刑事诉讼法，我国的刑事诉讼法是我国公安、司法机关进行刑事诉讼的唯一程序性规范。

十三、刑事司法协助原则

我国《刑事诉讼法》第 17 条规定："根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。"这一法律规定在学理上可以概括为刑事司法协助原则。实行刑事司法协助原则，对于促进我国与外国的刑事司法合作，加强我国与外国共同预防、制止和惩罚犯罪的斗争等，均具有重要的意义。

刑事诉讼中的司法协助，是指我国司法机关与外国司法机关之间，根据相互缔结的条约或者参加的国际条约以及互惠原则，互相协助，代为进行某些刑事诉讼行为的活动。刑事司法协助的法律依据，首先是我国与外国缔结的条约或者协定。自 1987 年开始，我国先后与一些国家签订了包含刑事司法协助内容的条约或协定。其次是我国参加的载有司法协助内容的国际条约，例如 1970 年《海牙公约》、1971 年《蒙特利尔公约》等。最后是依据互惠原则，即双方在办理具体刑事案件时，根据需要，按照对等互惠的精神，共同商定进行某些刑事司法协助。

目前，我国承认的刑事司法协助内容主要有：（1）代为送达文书，包括司法文书和非司法文书。司法文书是司法机关在刑事诉讼中制作的各种法律文书和文件；非司法文书是司法文书以外的，但与刑事诉讼有关的其他文书和文件，例如身份证明文件等。（2）代为调查取证。包括互相代为讯问犯罪嫌疑人、询问证人，互相委托进行鉴定、勘验、检查、搜查和扣押，互相代为通知证人、鉴定人出庭，互相移交物证、书证等证据。（3）引渡。所谓引渡，指一国将当时在其境内而被他国指控犯有罪行或者判过刑的人，根据该他国的请求，移送该他国进行审判或者处罚的制度。我国与外国的引渡以与外国签订的引渡条约为依据。

世界上有些国家，例如欧盟成员国之间，还有判决的相互承认与执行这种刑事司法协助方式，我国则不采取这种刑事司法协助方式。

第三节　国际通行的刑事诉讼原则

一、司法独立原则

法官是一种由某一有组织的机构任命并且应那些主张权利的人申请而确定义

务和权利的人。正是由于必须有一项向他提出的申请他才采取行动这一事实，才将法官与行政官员区别开来。

——【美】格雷

司法独立原则是建立在西方国家普遍奉行的“三权分立”学说基础之上的，其基本含义由两个方面构成：一是国家的审判权只能由法院行使，其他任何机关都无权行使；二是法官个人独立行使审判权，只服从宪法和法律，不受任何人的干涉，甚至不受本院其他法官的影响。

司法独立原则是现代民主政治在刑事诉讼领域的重要体现，其根本目的在于对其他国家机关的权力进行有效的监督，通过权力制约权力的方式，防止国家权力的专制和滥用。同时，司法独立原则有效地保证了司法的中立性，为司法公正目标的实现提供了良好的外部环境，对于增强司法者本身的责任感、防止司法腐败，也能够起到重要作用。

因此，司法独立原则是现代法治国家普遍承认和确立的基本原则，很多国家甚至在宪法中对这一原则予以规定。例如，《美国联邦宪法》第3条第1项规定：合众国的司法权属于最高法院及国会随时制定与设立的下级法院。联合国也在其所通过的一系列法律文件中将司法独立作为刑事司法的一项准则予以确认。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第14条规定：“在判定对任何人提出的任何刑事指控或确定他在一件诉讼案件中的权利和义务时，人人有资格由一个依法设立的合格的、独立的、无偏倚的法庭进行公正的和公开的审判。”1985年第7届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会还通过了《关于司法机关独立的基本原则》，系统规定了司法独立的标准及保障规则。

二、无罪推定原则

无罪推定原则的基本含义是，任何人，在法院依法确定有罪以前，应被推定为无罪。这一原则产生于资产阶级革命时期，后被西方国家普遍规定为刑事诉讼中的一条重要原则，有的国家还在宪法中对此原则进行了明确规定。

无罪推定，作为完整的法律思想，最早是由意大利刑法学家贝卡利亚于1764年在其名著《论犯罪和刑罚》中提出的。他说：“在法官判决之前，一个人是不能被称为罪犯的。只要还不能断定他已经侵犯了给予他公共保护的契约，社会就不能取消对他的公共保护。”他又说：“如果犯罪是不肯定的，就不应折磨一个无辜者，因为，在法律看来，他的罪行并没有得到证实。”[1] 作为立法形式，最早规定无罪推定的是法国1789年的《人权宣言》，该宣言第9条规定：“对任何人，凡未宣告为有罪以前，皆应视为无罪。”此后，各国纷纷效仿法国，相继在宪法或法律

---

① ［意］贝卡利亚著，黄风译：《论犯罪与刑罚》，31页，北京，中国大百科全书出版社，1996。

中对无罪推定作出规定，使无罪推定成为刑事诉讼的一条重要原则，成为宪法性公民权利的重要组成部分。例如，意大利 1947 年宪法第 27 条规定："被告在最终定罪之前，不得被认为有罪。" 1982 年《加拿大宪法》在关于被指控犯罪的人享有法律上的权利部分规定："在独立的不偏袒的法庭举行公平的公开审判，根据法律证明有罪之前，应推定为无罪。" 在有些国家，即使法律上对无罪推定未作明确规定，但无论在诉讼理论上，还是在司法实践中，均毫无疑义地确认和适用无罪推定原则。第二次世界大战后，人们为战争中纳粹、法西斯残害平民的暴行所震惊，开始重视对人权的国际保护。无罪推定原则受到国际社会的普遍尊重。1948 年 12 月 10 日联合国大会通过的《世界人权宣言》规定："凡受刑事控告者，在未经获得辩护上所需的一切保证的公开审判而依法证实有罪以前，有权被视为无罪。" 从而首次为在世界范围内贯彻无罪推定原则提供了依据。1966 年 12 月 16 日联合国大会通过的《公民权利和政治权利国际公约》再次确认了无罪推定原则。

尽管各国法律上对无罪推定的表述不尽一致，但基本思想是一致的，即任何人未被依法确定为有罪以前，应当推定或者假定其无罪。其核心意义在于保护被告人的合法权益。因此，无罪推定原则又是有利于被告的原则。它主要强调了三层意思：(1) 对任何人有罪决定的宣告，只能由法院确定，其他机关没有这个权力；(2) 法院应当依证据证明被告人有罪，强调的是证据裁判主义的精神；(3) 在判决生效以前，被告人是无罪的，不能因为其被逮捕、被起诉、被审判而认为其有罪。此外，在西方国家，从无罪推定中还进一步引申出一些诉讼规则，如被告方不负举证责任，享有沉默权和虚伪陈述权等。

正确理解无罪推定原则，还需要明确以下几点：(1) 无罪推定是一个程序法原则，而不是实体法原则，即无罪推定不等于无罪认定。无罪推定所反映的是被告人在刑事诉讼过程中的法律地位，而不是对刑事案件进行实体裁判的法律依据。因此，无罪推定决定了现代刑事诉讼同封建专制时期的刑事诉讼的原则界限，是现代刑事诉讼的奠基石。(2) 无罪推定是一种可推翻的推定，而不是不可推翻的推定。无罪推定确定的是这样一个诉讼证明的逻辑法则：首先假定被告人是无罪的，然后通过证据去推翻这种假定。因此，无罪推定强调的是证据裁判主义，而不是罪行擅断；追求的是刑事案件的实质真实，而不是形式真实。(3) 无罪推定是现代刑事诉讼中处理疑案的一个基本法则，当案件证据不足、不能证明被告人有罪时，应当本着有利于被告的精神，按无罪处理。(4) 无罪推定的受益者，绝不仅仅是犯罪嫌疑人、被告人个人，而是全体公民。因为，任何一个公民都是刑事诉讼的潜在主体，都有可能因为某种原因而进入刑事诉讼的流程中，这样，无罪推定实际上反映了国家和公民个人之间的关系。

三、程序法定原则

权利法案的大多数条款都是程序性条款，这一事实不是毫无意义的，正是程

序决定了法治和恣意的人治之间的基本区别。

——【美】威廉姆斯·道格拉斯

程序法定原则，是指国家刑事司法机关的职权及追究犯罪的程序，都只能由立法机关所制定的法律加以明确规定，司法机关进行刑事诉讼活动必须严格依照法律规定的职权和程序进行。

在大陆法系国家，程序法定原则是法定原则的一个组成部分，与此相对应的是实体法上的罪刑法定原则，也就是说程序法定原则和罪刑法定原则在刑事司法领域共同构成了法定原则的完整内容。因此，法国学者认为："法定原则并非仅仅约束有关规定犯罪（具体地说，是规定重罪、轻罪及违警罪）以及犯罪人之责任与重罪、轻罪及违警罪之刑罚的法律。因为，本义上的法律，也就是立法权力机关通过的法律，还确定有关刑事诉讼程序的规则并创设新的法院制度。"① 在英美法系国家，程序法定原则具体表现为"正当程序"（due process）原则，其基本含义是：除非事先经过依据调整司法程序的既定规则进行的审判，任何人不得被剥夺生命、自由、财产或者法律赋予的其他权利。只是由于法律传统的不同，英美刑事诉讼中的正当程序不仅来源于宪法或宪法性文件等成文法的规定，还来源于法院判决所确定的"先例"。

程序法定原则不仅为多数国家所遵循，而且得到了国际社会的认可，成为国际刑事司法准则中的一条重要内容。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第1款规定："每个人都享有人身自由与安全的权利，任何人不得被任意逮捕或羁押，除非依据法律所规定的理由并遵守法定的程序，任何人不得被剥夺自由。"

程序法定原则的根本作用在于限制执法者的恣意行为，保证公民行为的可预期性。正所谓"如果一个法官造新法，然后以回溯的方式运用到先前发生的案件上，那么，败诉的一方之所以受罚，就不是因为他的行为违背了某些他原本应遵守的法定义务，而毋宁是违背了一个他行为后才被（法官）创造出来的义务"②。

四、控审分离原则

控审分离原则，是指在刑事诉讼中国家的起诉权和审判权必须由两个不同的机关分别行使，其中，检察机关行使起诉权，法院行使审判权，二者不得合一。具体含义表现为两个方面：一是不告不理，即检察机关的起诉是法院审判的"发动机"，没有起诉，便不能启动审判程序；二是诉审同一，即法院的审判必须在检察机关起诉的范围内进行，法院不得随意变更诉因和被诉对象。

控审分离原则在许多国家的法律中都有明确的规定，例如，《德国刑事诉讼法

---

① ［法］卡斯通·斯特法尼等著，罗结珍译：《法国刑事诉讼法精义》，10页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② Ronald Dworkin, "Hard Cases", *Harvard Law Review*, vol. 88 (1975), S. 1061.

典》第155条第1款明确规定："法院的调查与裁判，只能延伸到起诉书中写明的行为和以诉讼指控的人员。"《日本刑事诉讼法典》第249条也规定："公诉，对检察官指定的被告人以外的人，不发生效力。"不仅如此，在一些国际性文件中，对控审分离原则也有明确的要求。《关于检察官作用的准则》第10条规定："检察官的职责应与司法职能严格分开。"世界刑法学大会第15届代表大会通过的《关于刑事诉讼中的人权问题的决议》也指出："无罪推定原则要求法官对诉讼双方公正不倚。为了使这种公正确实存在，必须严格区分起诉职能与审判职能。"

控审分离原则是资产阶级刑事改革者们在反对封建司法的过程中提出的，其指向对象就是封建时代起诉权和审判权集于一身的纠问式的司法体制。因此，可以说控审分离原则是现代刑事诉讼结构的一个重要支点，这项原则的贯彻执行，对于保证司法的中立性和被动性具有重要的意义。

五、控辩平等原则

控辩平等原则，是指在刑事诉讼过程中，对刑事被告人和刑事追诉机关应当给予平等的对待。需要指出的是，这里的平等是程序意义上的平等，而不是实体意义上的平等。

控辩平等原则的具体内容有：一是平等的程序参与，即诉讼程序应当向控、辩双方平等地公开，法庭审判过程中双方应有平等的质证和陈述的机会；二是平等的诉讼手段武装，即双方都有获得诉讼证据的机会，控方可以利用司法资源获取证据，辩方除了可以进行调查外，还可以通过阅卷或者证据开示制度同控方共享证据信息；三是平等的对抗，即控、辩双方在庭审中具有平等的机会围绕案件争论点展开诉讼攻防，论证己方主张，反驳对方主张；四是平等的保护，即法官在刑事诉讼中必须保持客观、中立，不偏不倚地对待控、辩双方，对于控、辩双方向法庭提供的意见和证据，法官应当加以同等的关注和评断，而且要在充分考虑控、辩双方意见的基础上形成最后的判决。

控辩平等原则在英美法系的刑事诉讼中体现得非常明显，可以说英美对抗制的诉讼结构就是建立在控辩平等原则基础之上的。大陆法系国家由于奉行职权主义诉讼结构，控辩平等的实现程度不如在英美法系那样高，但这种现象自20世纪80年代以后正在悄悄改变。二十多年来，欧陆国家进行的大规模的刑事诉讼法的修订运动在很大程度上就是从贯彻控辩平等原则出发的，它们在刑事诉讼法中大量增加人权保障的规定，就是为了实现控辩平等。德国有学者将这种改变称为遵循"手段同等原则"[①]。

控辩平等原则彰显了现代刑事诉讼中国家追诉权同公民权利的良性互动关系，

---

① ［德］约·阿希姆·赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

有效地遏制了国家追诉权的恶性膨胀，将刑事诉讼真正纳入法制的轨道。

六、诉讼迅速、及时原则

诉讼迅速、及时原则，是指刑事诉讼应当尽可能快速地向前推进，而不能没有根据地拖延诉讼的进程。

许多国家的刑事诉讼法中都体现了诉讼迅速、及时原则，例如，《德国刑事诉讼法典》第163条规定，在公诉的准备阶段，警察机构的部门及官员应当不迟延地将案卷材料、证据送交检察院。认为有必要迅速进行系属法官的调查行为时，可以直接向地方法院送交。第163条C规定："对于为确定身份而拘留的人员，在任何情况下都不允许将他拘留超过确定身份所必要的时间。"同时，为体现这一原则，《德国刑事诉讼法典》中还规定了审判阶段应当遵守的庭审不间断原则。《日本刑事诉讼法典》则将正当、迅速审判作为刑事诉讼法的根本目的之一，其第1条就规定："本法以在刑事案件上，于维护公共福利和保障个人基本人权的同时，明确案件的事实真相，正当而迅速地适用刑罚法令为目的。"美国联邦宪法第6条修正案则把享受迅速和公开的审判作为公民的一项基本权利看待，该条规定："在一切刑事诉讼中，被告有权由犯罪行为发生地的州和地区的公正陪审团予以迅速和公开的审判。"为贯彻这一规定，《美国联邦刑事诉讼规则》第5条规定："持根据控告签发的逮捕令执行逮捕的官员，或者未持逮捕令执行逮捕的其他人员，应当无不必要迟延地将被捕人解送至最近的联邦治安法官处。"第32条规定："课刑应当无不必要的拖延。"

诉讼迅速、及时原则，也为许多国际性法律文件所明文规定。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第9条第3款就规定："任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人，应被迅速带见审判官或其他经法律授权行使司法权的官员，并应在合理的时间内受审或在审判前释放。"同时，还在第14条规定"受审时间不得被无故拖延"。

概括各国有关诉讼迅速、及时原则的法律规定，可以将这一原则概括为以下几个方面的具体内容：一是严格控制审前行为的期间，要求被告人要不被拖延地带到审判官面前；二是对羁押的期间进行严格限定；三是庭审中奉行不间断审理原则；四是广泛建立简易程序，加速刑事案件的处理。

诉讼迅速、及时原则的主要目的是保护被告人的利益，防止被告人长期处在未决羁押状态；同时，这一原则的实行也有诉讼经济的考虑。

七、有效辩护原则

有效辩护原则，是指国家在刑事诉讼过程中，应当保障被追诉方充分行使辩护权，并建立相应的制度使他们能够在诉讼的各个阶段获得律师的帮助。具体包括以下几层含义：一是犯罪嫌疑人、被告人在诉讼过程中应当享有充分的辩护权；

二是应当允许犯罪嫌疑人、被告人聘请合格的、能够有效履行辩护职责的辩护人为其辩护，包括审前阶段的辩护和审判阶段的辩护，甚至还应当包括执行阶段提供的法律帮助；三是犯罪嫌疑人在接受讯问时，有要求辩护律师在场的权利；四是国家应当设立法律援助制度，为无力聘请律师的犯罪嫌疑人、被告人提供免费的法律帮助。

有效辩护原则在许多国家的刑事诉讼法乃至宪法中都有重要体现。例如，美国联邦宪法第 6 条修正案规定，在一切刑事诉讼中，受追诉方有权取得律师的帮助为其辩护。《德国刑事诉讼法典》第 140 条规定了强制辩护的情形。《俄罗斯刑事诉讼法》第 16 条规定，犯罪嫌疑人和被告人在法定情形下，可以无偿得到辩护人的帮助。《法国刑事诉讼法典》第 274 条、第 275 条对这一原则也进行了全面规定。此外，有效辩护原则在一些国际司法文件中也有明确规定。联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条规定："在判定对他提出的任何刑事指控时，人人完全平等地有资格享受以下的最低限度保证：……（乙）有相当的时间和便利准备他的辩护并与他自己选择的律师联络……（丁）出庭受审并亲自替自己辩护或经由他自己选择的法律援助进行辩护；如果他没有法律援助，要通知他享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，为他指定法律援助，而在他没有足够能力偿付法律援助的案件中，不要他自己付费。"《关于律师作用的基本原则》中规定了保障律师同其当事人之间有效联络的条款，该文件第 8 条规定："遭逮捕、拘留或监禁的所有的人应有充分机会、时间和便利条件，毫无迟延地，在不被窃听、不经检查和完全保密情况下接受律师来访和与律师联系协商。这种协商可在执法人员能看得见但听不见的范围内进行。"

有效辩护原则，体现了现代刑事诉讼中人权保障理念的加强，是诉讼民主和进步的象征；同时也是实现诉讼公正和诉讼结构平衡的必然要求。

八、禁止重复追究原则

禁止重复追究原则，是指对被追究者的行为，一旦作出有罪或无罪的确定判决，便不得再次对同一行为予以刑事追究。大陆法系国家将这一原则称为"一事不再理"，英美法系国家则称之为"禁止双重危险"，尽管叫法不一样，但体现的精神实质是一样的。

禁止重复追究原则，在各国法律和联合国司法文件中均有重要体现。例如，《德国宪法》第 103 条第 3 款规定了"一事不再理原则"，德国学者在对此原则进行解释时认为："不论是有罪还是无罪判决，作出产生法律效力的判决后不允许对同一行为再启动新的程序。此原则的出发点，是国家的处罚权已经耗尽。"[①] 美国

① ［德］约·阿希姆·赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

联邦宪法第 5 条修正案规定："任何人不得因同一罪行而遭受两次危险。"美国联邦最高法院在 1969 年的一个判例中对这一原则作出了三条重要解释："（1）它保证对同一罪行宣告无罪后不得再次起诉；（2）保证对同一罪行在判罪以后不得再次起诉；（3）保证对同一罪行不得两次处罚。"① 1982 年《加拿大宪法》第 11 条规定："被指控者如果已经终局性被认定为有罪并且为了该犯罪而受处罚，不得因该罪再次受审理或者被处罚。"联合国《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 7 款规定："任何人已依一国的法律及刑事诉讼程序被最后定罪或宣告无罪者，不得就同一罪名再受审判或惩罚。"

禁止重复追究原则的主要目的在于保障刑事被追究者的基本人权，同时这一原则对于维护司法的确定性，保证司法的权威也具有重要作用。

【问题与思考】

1. 怎样理解刑事诉讼基本原则的特点？

2. 我国刑事诉讼基本原则的体系应当如何确立？

3. 我国刑事诉讼中人民法院、人民检察院依法独立行使职权原则同西方国家的司法独立原则之间有何不同？

4. 未经人民法院依法判决，对任何人不得确定有罪的原则在我国刑事诉讼法中有哪些体现？

5. 对照国际通行的刑事诉讼原则，思考我国《刑事诉讼法》还有哪些需要改进的地方？

6. 案例讨论：

[案例一] 在一个偏僻山村，农民周某某（男，19 周岁）强奸了同村的女青年李某某（18 周岁）。为了解决这一问题，村长和其他几名村干部商议后决定，由村长主持对本案进行调解，以防止家丑外扬。村长在双方家长的参加下，与其他村干部协商，让双方家长达成了如下调解协议：（1）周某某向李某某赔礼道歉；（2）周家向李家赔偿损失 2 000 元；（3）周某某承诺今后一定娶李某某为妻；（4）李某某承诺不向司法机关告发。事后不久，李某某不同意嫁给周某某，并向司法机关作了告发。司法机关在追究周某某刑事责任的同时，也追究了村长包庇犯罪的刑事责任。村长面对判决时一脸茫然，不理解为什么自己做了一件化解纠纷的好事，却反而要吃官司。

---

① Christopher Osakwe, The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law, in *Human Rights in Criminal Procedure*, p. 260, 1982, by Martinus Nijhoff Publishers.

问题：请运用我国《刑事诉讼法》中规定的某项基本原则，分析本案中的现象。

［案例二］ 1997 年 5 月初，A 市人民检察院接到举报某单位职工马某挪用资金 20 万元的信件。检察院经立案审查认为，马某的行为已经构成挪用资金罪，依法应予以逮捕，于是派本案侦查员将马某逮捕。同年 7 月，该案侦查终结，A 市人民检察院以挪用资金罪向 A 市中级人民法院提起公诉。1997 年 8 月，A 市中级人民法院开庭审理此案。辩护律师在庭审时申请传唤某单位的知情人员出庭作证。合议庭同意申请，决定中止审理，并传唤证人到庭作证。证人到庭作证时，公诉人在质证中发现，马某还有以虚报差旅费的方式贪污公款的行为，而且已经构成犯罪，随即当庭指控马某另犯有贪污罪。辩护人以公诉人增加了控诉为理由，请求延期审理。合议庭接受辩护人要求，决定延期审理。

经过重新开庭对检察院所指控的挪用公款罪和贪污罪进行审理后，合议庭认为指控马某挪用公款罪证据不充分，因而不能定罪；但是担心对此不予认定，检察院可能提出抗诉，为此将案件直接提交审判委员会讨论。审判委员会讨论后决定，挪用公款罪证据不足、不能成立，但贪污行为事实清楚、证据充分确实，应认定构成犯罪。合议庭根据此决定作出判决：判处马某犯贪污罪，处 5 年有期徒刑；关于挪用公款罪则作出了证据不足、指控罪名不能成立的无罪判决。宣判后，马某提出上诉，后来又在上诉期满后要求撤回上诉。A 市人民检察院对该一审判决未提出抗诉。二审法院审查马某撤回上诉的要求后认为，原判决正确无误，因此作出准许撤回上诉的决定书。

1998 年 3 月，A 市人民检察院又发现了马某挪用公款罪的新证据，并据此证据，按照审判监督程序向法院提出抗诉。法院对抗诉进行审查后，作出了再审决定书。经过再审审判后，法院认为马某犯有挪用公款罪，并处以相应刑罚，并将此刑期与原判决贪污罪之刑期按数罪并罚原则依法合并，决定了执行的刑期。

问题：本案中，检察机关、一审法院、二审法院以及再审法院哪些方面的做法违反了诉讼程序？为什么？

第二编

刑事诉讼制度

第五章 管 辖

第一节 管辖的概念、意义与确定立案管辖的根据
一、管辖的概念
二、管辖的意义
三、我国刑事诉讼法确定立案管辖的根据

第二节 立案管辖

第三节 审判管辖
一、级别管辖
二、地区管辖
三、指定管辖
四、几种特殊案件的审判管辖
五、专门管辖

本章概要

作为刑事诉讼中的一项重要制度，管辖是指公安机关、人民检察院和人民法院之间受理刑事案件，以及人民法院系统内审判第一审刑事案件的分工制度。管辖分立案管辖和审判管辖两大类。审判管辖又分为普通人民法院的审判管辖和专门人民法院的审判管辖。立案管辖解决的是公安机关、人民检察院和人民法院在直接受理刑事案件上的分工问题；审判管辖解决的是人民法院系统内部各级人民法院、普通人民法院与专

门人民法院以及各同级人民法院，在审判一审刑事案件上的分工问题。公、检、法三机关应当在其法定的管辖范围内行使职权，遇有管辖不明的问题时应当作出妥善的处理。

关键术语

立案管辖　审判管辖　级别管辖　地区管辖　指定管辖

第一节　管辖的概念、意义与确定立案管辖的根据

一、管辖的概念

管辖是进行刑事诉讼首先必须解决的问题。我国刑事诉讼中的管辖，是指人民法院、人民检察院和公安机关之间在直接受理刑事案件上的权限分工，以及人民法院系统内部在审判第一审刑事案件上的权限分工的制度，包括立案管辖和审判管辖。公安、司法机关对刑事案件的管辖，应当由法律加以规定。公安、司法机关应当而且只能在法律规定的管辖范围内行使自己的诉讼职权。只有这样，各机关对其管辖的案件行使职权才是合法和有效的。

管辖主要解决两个问题：一个是立案管辖，即公安机关、人民检察院和人民法院在直接受理刑事案件上的分工问题。另一个是审判管辖，即人民法院系统内部各级人民法院、普通人民法院与专门人民法院以及同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的分工问题。审判管辖又分为级别管辖、地区管辖和专门管辖。可见，刑事诉讼中的管辖与民事诉讼以及行政诉讼中的管辖颇为不同。民事诉讼、行政诉讼中的管辖仅涉及人民法院系统内部的分工。而刑事诉讼有公诉和自诉之分，对于占刑事案件绝大多数的公诉案件，只有经过侦查才能进行起诉和审判。而对于自诉案件，人民法院的立案管辖与审判管辖合而为一，都是审判权的具体落实。因此，刑事诉讼中的管辖除了涉及人民法院系统内部受理刑事案件的分工外，还涉及公安机关、人民检察院和人民法院之间的立案管辖问题。

管辖与立案、侦查、审判等既有区别，又互相联系。区别在于，管辖是在开始诉讼程序之前对公安、司法机关受理或最初审判刑事案件的权限范围进行的确定，立案、侦查、起诉和审判则是公安、司法机关开始刑事诉讼、调查证据、查核案件事实和对案件进行处理的方式、程序和活动。联系在于，一方面，管辖制度的内容和要求必须融合于立案等程序和活动中，才能发挥出积极的作用；另一方面，管辖制度又是合法启动立案、侦查或第一审程序的重要基础，在很大程度上直接制约着相应诉讼活动的运行效率。

二、管辖的意义

作为刑事诉讼中一项重要的诉讼制度，管辖制度的确立，对于进一步明确公、

检、法三机关之间的职责分工以及人民法院之间的审判职责分工，确保三机关各负其责，正确行使职权，及时立案，顺利开展侦查、审判工作，防止管辖争议和由此形成的诉讼拖延，保证刑事诉讼的顺利进行和刑事诉讼目的的实现，具有十分重要的意义。具体而言，明确刑事案件管辖的意义在于：

1. 明确了各机关的案件管辖范围，可以使公、检、法三机关明确自己的权限和职责，这样既有利于它们依法行使自己的职权，防止在案件受理上互相争执或推诿，也有利于它们互相配合、互相制约，从而保证客观地查明事实、正确处理案件。

2. 明确了各机关的案件管辖范围，便于机关、团体、企事业单位和公民报案、举报、控告、起诉，防止告状无门，从而有利于有关单位或公民正确行使报案、举报、控告或提起自诉的权利。

3. 明确了各机关的案件管辖范围，便于机关、团体、企事业单位和公民报案、举报、控告、起诉，从而避免和减少不必要的移送环节，便于公、检、法机关及时地调查取证。

三、我国刑事诉讼法确定立案管辖的根据

管辖的划分是否科学直接关系到刑事诉讼能否顺利开展和进行，因此，确定管辖应考虑哪些因素是必须予以解决的问题。刑事诉讼中的管辖，一般是根据刑事案件的性质、案情的复杂程度、发生地点、影响大小等不同特点，以及公安、司法机关在刑事诉讼中的职责来确定的。

划分刑事诉讼管辖所依据的主要原则是：（1）有利于准确、及时地查明案件事实，保证案件质量；（2）合理分工，充分发挥公安、司法机关各自的职能作用和公安、司法人员的积极性；（3）便于诉讼参与人参加诉讼；（4）既要分工明确，又要留有余地，做到原则性与灵活性相结合。

第二节　立案管辖

立案管辖，又称为职能管辖或部门管辖，即公安机关、人民检察院和人民法院之间在直接受理刑事案件上的权限分工。具体来讲，立案管辖所要解决的是哪类刑事案件应当由公安机关、检察机关、人民法院这三个机关中的哪一机关立案受理的问题。我国刑事诉讼法确定立案管辖的根据是：

1. 案件的性质和难易、复杂程度。刑事案件性质不同，难易有别，有的案件不需要进行侦查就能作出处理，需要侦查的案件也有复杂、简单之别。基于这些不同情况，立法上明确规定了不同性质的案件由不同机关管辖，这显然有利于保证办案质量。

2. 人民法院、人民检察院和公安机关在刑事诉讼中的具体职责、具体任务。

在我国，公安机关是治安保卫机关，人民检察院是法律监督机关，人民法院是国家的审判机关，划分管辖应当与它们各自的性质和职能相适应。这显然有利于三机关有效行使职权，有利于发挥人民法院、人民检察院和公安机关之间互相配合、互相制约的作用，保障诉讼的顺利进行。

（一）公安机关管辖的刑事案件

《刑事诉讼法》第18条第1款规定："刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。"这表明，公安机关是主要的刑事侦查机关，刑事案件原则上由它进行侦查。所谓"法律另有规定"，一是指法律已明确规定由人民法院或人民检察院管辖的案件；二是指法律特别规定由其他机关侦查的案件，如《刑事诉讼法》第4条关于国家安全机关办理危害国家安全案件的规定，第225条第1款、第2款关于军队保卫部门和监狱分别对发生在军队内部的刑事案件和罪犯在监狱内犯罪的案件行使侦查权的规定。除这两类案件以外的其他一切刑事案件均由公安机关管辖。在司法实践中，公安机关在侦查刑事案件时涉及属于人民检察院管辖的案件的，应当将不属于本部门管辖的案件移送给对方。在上述情况中，如果涉嫌主罪属于其中一个机关管辖，则以该机关为主侦查，另一侦查机关予以配合。

（二）人民检察院管辖的刑事案件

人民检察院管辖的刑事案件主要有以下几类：

1. 贪污贿赂犯罪，包括《刑法》分则第八章规定的贪污贿赂罪，以及其他章节中明确规定按照《刑法》分则第八章"贪污贿赂罪"的规定处罚的犯罪。包括：（1）贪污案；（2）挪用公款案；（3）受贿案；（4）单位受贿案；（5）行贿案；（6）对单位行贿案；（7）介绍贿赂案；（8）单位行贿案；（9）巨额财产来源不明案；（10）隐瞒境外存款案；（11）私分国有资产案；（12）私分罚没财物案。但是公司、企业人员行贿罪（《刑法》第164条），公司、企业人员受贿罪（《刑法》第163条第1款、第2款和第184条第1款）等商业贿赂犯罪案件，不是由人民检察院直接受理，而是由公安机关管辖。

2. 国家机关工作人员的渎职犯罪，包括《刑法》分则第九章规定的渎职罪，以及第四章第248条规定的监管人员殴打、体罚、虐待监管人罪。但是，下列国家工作人员所实施的具有渎职性质的犯罪由公安机关管辖：非法经营同类营业案（《刑法》第165条）；为亲友非法牟利案（《刑法》第166条）；签订、履行合同失职被骗案（《刑法》第167条）；玩忽职守造成破产、严重损失案（《刑法修正案》第2条）；滥用职权造成破产、严重损失案（《刑法修正案》第2条）；徇私舞弊、低价折股、出售国有资产案（《刑法》第169条）。

3. 国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪，具体包括：非法拘禁案（《刑法》第238条）；非法搜查案（《刑法》第245条）；刑讯逼供案（《刑法》第247条）；暴力取证案（《刑法》第247条）；报复陷害案（《刑法》第254条）；体罚、虐待被监管人案（《刑法》第248条）；破坏选举案

（《刑法》第256条）。但是，下列犯罪尽管属于国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪，但由公安机关管辖：非法剥夺公民宗教信仰自由案（《刑法》第251条）；侵犯少数民族风俗习惯案（《刑法》第251条）；国家机关领导人利用职权打击报复会计、统计人员案（《刑法》第255条）。

4. 经省级以上人民检察院决定，由人民检察院立案侦查的国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件。

涉税等案件由公安机关管辖，公安机关应当立案侦查，人民检察院不再受理。任何不符合刑事诉讼法关于案件管辖分工规定的文件一律无效。对于人民检察院已经立案侦查的依法应由公安机关管辖的涉税等案件，可由人民检察院继续办理完毕，或由人民检察院移交公安机关办理。

（三）人民法院管辖的案件

《刑事诉讼法》第18条第3款规定："自诉案件，由人民法院直接受理。"所谓自诉案件，就是法律允许被害人或其他具有自诉主体资格的人直接起诉，而无须经历侦查、公诉程序的刑事案件。根据《刑事诉讼法》第170条的规定，自诉案件包括下列三类：

1. 告诉才处理的案件。所谓告诉才处理，是指被害人告诉才处理。没有被害人的起诉，人民法院是无权直接受理的。这是由人民法院不告不理的特性所决定的。但是，如果被害人受到强制、威胁而无法告诉（包括不敢告诉和不能告诉），人民检察院和被害人的法定代理人、近亲属可以告诉；被害人死亡或丧失行为能力的，其法定代理人、近亲属也有权起诉。被害人的法定代理人、近亲属告诉的，仍然属于自诉案件，由人民法院直接受理。根据《刑法》有关条文的规定，告诉才处理的案件有：没有严重危害社会秩序和国家利益的侮辱、诽谤案；没有引起被害人死亡的暴力干涉他人婚姻自由案；没有引起被害人重伤、死亡的虐待案；侵占案等。

2. 被害人有证据证明的轻微刑事案件。此类案件具体是指下列被害人有证据证明的刑事案件：故意伤害案（轻伤）；重婚案；遗弃案；妨害通信自由案；非法侵入他人住宅案；生产、销售伪劣商品案（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；侵犯知识产权案（严重危害社会秩序和国家利益的除外）；属于《刑法》分则第四章、第五章规定的，对被告人可能判处3年有期徒刑以下刑罚的其他轻微刑事案件。于这些案件，被害人直接向人民法院起诉的，人民法院应当依法处理，对于其中证据不足、可由公安机关受理的，应当移送公安机关立案侦查。被害人向公安机关控告的，公安机关应当受理。

3. 被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。这一规定的含义是：（1）必须是被害人的人身或财产权利受到了被告人行为的侵犯。具备这一点，则无论是简单客体的犯罪，还是复杂客体的犯罪，均可构成自诉的一

个依据。如果被害人没有受到侵犯或者受到侵犯的是人身、财产权利之外的其他权利，就不得自诉，即使起诉，法院也无权管辖。（2）案件本属于公安机关或人民检察院管辖，但公安机关或人民检察院不予追究被告人的刑事责任。所谓不予追究刑事责任，是指公安机关或人民检察院没有接收报案、控告、举报，或者虽然接收但不予立案，或者立案后以被告人无罪或其他理由，将其释放或作撤销案件或不起诉处理。（3）被害人能提供被告人的行为侵犯自己的人身、财产权利的事实情况，并有证据证明对被告人的侵权行为应当依法追究刑事责任。被害人不提供或不能提供相应证据的，人民法院不宜受理。

另外，被害人对人民检察院决定不起诉的案件如果不服，无论案件是什么性质，都可以向人民法院起诉。人民法院受理案件后，人民检察院应当将有关案件材料移送人民法院。但是，伪证罪和拒不执行判决裁定罪则不能由人民法院直接受理。

第三节　审判管辖

刑事诉讼法中的审判管辖，是指人民法院之间在审判第一审刑事案件上的权限分工。具体而言，是指各级人民法院之间、普通人民法院与专门人民法院之间以及同级人民法院之间，在审判第一审刑事案件上的权限分工；或者说是指它们在第一审刑事案件受理范围上的分工。审判管辖解决的是，刑事案件应当由哪个人民法院进行第一审的问题，只要明确了第一审案件的管辖，实际上也就解决了第二审案件的管辖问题。根据《人民法院组织法》的规定，人民法院除设有最高人民法院外，还设有地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。地方各级人民法院分为：基层人民法院、中级人民法院、高级人民法院。与人民法院的设置相适应，审判管辖又可以分为级别管辖、地区管辖、指定管辖和专门管辖。确定了审判管辖，就便于人民检察院和自诉人正确而有效地行使起诉权，也便于人民法院及时受理和审判案件。

一、级别管辖

所谓级别管辖，是指各级人民法院在审判第一审刑事案件上的分工。刑事诉讼法关于级别管辖的划分，主要考虑了下列因素：（1）案件或案件所涉及社会关系的性质和可能判处的刑罚的轻重程度。一般而言，性质越严重，所涉及的社会关系越复杂或敏感，处刑可能越重的案件，就越应由相应较高级别的人民法院管辖，以保证审判质量。（2）案件社会影响面的大小。案件的复杂和处理的难易程度常常与其社会影响的强度和影响面成正比，所以，管辖法院的级别一般应当与此保持适应性。（3）各级人民法院的职权范围和工作负担。级别越高的人民法院的职权范围、工作内容越广泛，任务越重，不宜审判过多的第一审案件，因此，

大部分第一审刑事案件需要由中级、基层人民法院审判。(4)原则性与灵活性相结合。刑事诉讼法对四级法院的管辖范围作了原则性规定，同时又保留一定的灵活性，使人民法院能灵活解决实践中的特殊问题。我国《刑事诉讼法》关于级别管辖的具体划分为：

（一）最高人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第22条规定："最高人民法院管辖的第一审刑事案件，是全国性的重大刑事案件。"最高人民法院是全国的最高审判机关，除核准死刑、进行司法解释外，它的主要职能是监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，因此，由最高人民法院作为第一审审判的案件，应当是极其个别的，只有这样，才有利于它集中主要精力监督、指导全国人民法院的审判工作。

（二）高级人民法院管辖的第一审刑事案件

《刑事诉讼法》第21条规定："高级人民法院管辖的第一审刑事案件，是全省（自治区、直辖市）性的重大刑事案件。"至于全省自治区、直辖市性的重大刑事案件标准，法律没有明确规定，由高级人民法院自己认定和把握。实际上，由高级人民法院审理的第一审刑事案件很少。因为作为地方各级法院体系中的最高一级法院，高级人民法院的主要任务是审判对中级人民法院的裁判上诉、抗诉的案件，以及监督全省（自治区、直辖市）的下级人民法院的审判工作，所以，高级人民法院管辖的第一审刑事案件也不宜过宽，以适应高级人民法院所处的位置和所负担的工作量。

（三）中级人民法院管辖的第一审刑事案件

根据《刑事诉讼法》第20条的规定，中级人民法院管辖的第一审刑事案件有三类：反革命案件、危害国家安全的案件；可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；外国人犯罪的刑事案件。应当说明的是，立法对中级人民法院管辖的案件采用了列举方式，但并不是说这三类案件必须由中级人民法院进行第一审，而是最低应由中级人民法院进行第一审，不排除最高人民法院、高级人民法院对这些案件进行第一审。显然，由中级人民法院审理的上述三类案件都属于性质严重、危害极大、案情复杂的案件，如果处理不当，就会严重损害国家的声誉，有的甚至可能造成无法弥补的损失，因此必须慎重处理。同时这几类案件的处理，无论在事实认定上还是法律适用上，都需要法律、政策水平更高，业务能力更强的办案力量。因此，法律规定这几类案件由中级人民法院作第一审，是适宜的，也是必要的。但是，中级人民法院作为基层人民法院的上一级法院，除了审理第一审案件外，它还将成为大多数刑事案件的第二审法院，另外，它还承担审判监督的任务，所以划归中级人民法院管辖的案件也不宜过多。在此需要说明的是，《刑事诉讼法》第20条中所规定的"可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件"，在司法实践中是这样掌握的，即人民检察院认为可能判处无期徒刑、死刑而向中级人民法院提起公诉的普通刑事案件，中级人民法院受理后，认为不需要判处无期徒

刑以上刑罚的，可以依法审理，不再交基层人民法院审理。

（四）基层人民法院管辖的第一审刑事案件

基层人民法院与群众联系最密切，距犯罪地或被告人等当事人的居住地最近，又不像上级人民法院那样负担第二审等繁重事务，《刑事诉讼法》将上级人民法院管辖以外的其他第一审刑事案件交由基层人民法院管辖，便于发挥其上述优势，并方便群众诉讼，更好地发挥审判工作的法制教育作用。

对于刑事自诉案件的自诉人、被告人一方或者双方是在我国港、澳、台地区居住的我国公民或者其住所地是在我国港、澳、台地区的单位的，由基层人民法院审判。

但是，对于一人犯数罪、共同犯罪和其他需要并案审理的案件，只要其中一人或者一罪属于上级人民法院管辖的，全案由上级人民法院管辖。

以上是刑事诉讼法关于各级人民法院第一审刑事案件管辖范围的规定。但是刑事案件的情况十分复杂，人民法院的审判工作由于主、客观原因的影响，也可能遇到这样那样难于解决的问题，所以，为了适应审判实践中可能出现的某些特殊情况的需要，保证案件的正确、及时处理，级别管辖必须有一定的灵活性。根据《刑事诉讼法》第23条的规定，上级人民法院在必要的时候（如下级人民法院诉讼程序受到干扰而难以处理或者在认定事实、适用法律上有困难，难以保证质量），可以审判下级人民法院管辖的第一审刑事案件；下级人民法院认为案情重大、复杂，需要由上级人民法院审判的第一审刑事案件，可以请求移送上一级人民法院审判。上级人民法院可以同意，也可以不同意。同意移送的，应当向下级人民法院下达同意移送决定书，并书面通知同级人民检察院。基层人民法院接到同意移送决定书后，应当通知同级人民检察院和当事人，并将起诉材料退回同级人民检察院。原起诉的人民检察院撤回起诉书，由变更后的管辖法院的同级人民检察院重新向该法院起诉。

二、地区管辖

地区管辖是同级不同地的人民法院之间审判第一审刑事案件的分工。级别管辖仅仅解决了纵向的审判管辖关系，地区管辖则专门解决横向审判管辖关系。但是，一个刑事案件只有同时解决了这两种管辖问题，才能最终确定具体的管辖法院。因为，除最高人民法院外，地方各级人民法院的每一级都有许多人民法院设置在全国各个地区，那么案件究竟应该由哪一个地区的具有级别管辖权的人民法院管辖呢？这就是地区管辖所解决的问题了。确定地区管辖的原则有两个：

（一）犯罪地法院管辖为主，被告人居住地法院管辖为辅的原则

《刑事诉讼法》第24条规定："刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。""犯罪地法院管辖为主"是指刑事案件原则上由犯罪地的人民法院管辖。犯罪地包

括犯罪预备地、犯罪行为实施地、犯罪结果地、销赃地；不作为犯罪的犯罪地是行为人应当作为的地方或结果地。刑事案件之所以由犯罪地法院管辖，是因为：(1) 犯罪地是犯罪事实存在地，往往集中了案件主要证据，由该地法院管辖，有利于核实证据；(2) 诉讼参与人多集中于犯罪地，案件由该地法院管辖，便于诉讼参与人参加诉讼活动，提高诉讼效率；(3) 被告人的犯罪活动必然在犯罪地造成了一定的社会影响，由当地法院审判，可以就近进行法制教育，平息民愤，预防犯罪。

"被告人居住地法院管辖为辅"，指案件由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由该地人民法院管辖。被告人居住地是指其犯罪前、犯罪时、起诉时的户籍所在地、工作或学习及实际生活地。确定案件可否由被告人居住地人民法院管辖的关键，是看由该地法院审判是否更为适宜。所谓"更为适宜"，一般包括：(1) 犯罪地不明而难以确定，由被告人居住地的侦查机关进行和完成侦查活动或者是以其为主完成侦查活动；(2) 被告人在居住地民愤极大，当地群众要求在当地审判的，此时由被告人居住地法院审判，更能有效地发挥法制宣传、教育作用或平息民愤；(3) 由被告人居住地法院审判，便于判决执行，有利于教育、改造罪犯。

(二) 由最初受理的法院管辖为主，主要犯罪地法院管辖为辅的原则

《刑事诉讼法》第 25 条规定："几个同级人民法院都有权管辖的案件，由最初受理的人民法院审判。"这是立法为最终落实地域管辖所作的规定，因为按照前述原则有时并不能确定对案件的管辖权，如一个犯罪涉及几个地点，按照犯罪地原则，几个人民法院都有管辖权，而依被告人居住地确定也可能出现多个人民法院都有管辖权的情况，遇到这种情况，原则上哪个法院最先受理了起诉，就应当由其审判，以使案件得到及时处理。因为最初受理的人民法院对案件已经有一定的了解，对案件的及时处理是有利的。只有在必要的时候，才可以将案件移送主要犯罪地的人民法院审判。主要犯罪地即最严重或影响最大的犯罪或犯罪情节所在地，如果该地人民法院审判更有利于核实证据材料、查明事实、准确处理案件，或者更便于对群众进行法制教育的，就可认为有移送主要犯罪地法院审判的必要。

三、指定管辖

指定管辖是指当管辖不明或者有管辖权的法院不宜行使管辖权时，由上级人民法院以指定的方式确定案件的管辖。《刑事诉讼法》第 26 条规定："上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。"可见，指定管辖分为两种情况：

1. 由上级人民法院以指定的方式确定管辖不明的案件的管辖权

例如，刑事案件发生在两个法院管辖范围的交界处，而两个法院管辖的范围的行政区划没有确切的界限，犯罪地不能确定，这将形成互争管辖或者互相推诿

的现象。对管辖权发生争议的，应当在审限内协商解决；协商不成的，由争议的人民法院分别逐级报请共同的上一级人民法院指定管辖。

2. 由上一级人民法院以指定的方式改变管辖权

司法实践中，会出现本来有管辖权的法院不适宜或者不能行使审判权的情况，包括该院院长需要回避的案件，因案件在该法院审判受到严重干扰而不能很好地行使审判权等情形。在这种情况下，应当由上级人民法院指定管辖。《高法解释》第 19 条规定："上级人民法院指定管辖的，应当将指定管辖决定书分别送达被指定管辖的人民法院和其他有关的人民法院。原受理案件的人民法院，在收到上级人民法院指定其他人民法院管辖决定书后，不再行使管辖权。对于公诉案件，应当书面通知提起公诉的人民检察院，并将全部案卷材料退回，同时书面通知当事人；对于自诉案件，应当将全部案卷材料移送被指定管辖的人民法院，并书面通知当事人。"

四、几种特殊案件的审判管辖

刑事案件的错综复杂，使得有些案件尚不能完全适用上述关于地区管辖的规定，对此，有关的司法解释对下列特殊情况专门作了规定：

（一）外国人犯罪案件的管辖

1. 外国人在中国领域内犯罪的，按照刑事诉讼法规定的确定地域管辖的基本原则来管辖。

2. 外国人在中国领域外对中国国家或者公民犯罪，依中国刑法应受处罚的，由其入境地的中级人民法院管辖。

3. 对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内，行使刑事管辖权。该类案件由被告人被抓获地的中级人民法院管辖。

（二）在中国领域外的我国运输工具上犯罪的管辖

1. 在中华人民共和国领域外的中国船舶内的犯罪，由犯罪发生后该船舶最初停泊的中国口岸所在地的人民法院管辖。

2. 在中华人民共和国领域外的中国航空器内的犯罪，由犯罪发生后该航空器在中国最初降落地的人民法院管辖（《高法解释》第 9 条）。

3. 在国际列车上的犯罪，若我国与相关国家无管辖协定，则由犯罪发生后该列车最初停靠的中国车站所在地或者目的地的铁路运输法院管辖（《高法解释》第 10 条）。

（三）中国公民在国外犯罪案件的管辖

1. 在驻外的中国使领馆内的犯罪，由该公民主管单位所在地或者其原户籍所在地的人民法院管辖（《高法解释》第 11 条）。

2. 在中国领域外的犯罪，由该公民离境前的居住地或者原户籍所在地的人民

法院管辖(《高法解释》第12条)。

（四）正在服刑的罪犯的犯罪案件的管辖

1. 发现正在服刑的罪犯在判决宣告前还有其他犯罪没有受到审判的，由原审人民法院管辖；如果罪犯服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖更为适宜的，可以由服刑地或者新发现罪的主要犯罪地的人民法院管辖。

2. 正在服刑的罪犯在服刑期间又犯罪的，由服刑地的人民法院管辖。

3. 正在服刑的罪犯在服刑期间脱逃，其在脱逃期间的犯罪，如果是在犯罪地捕获并发现的，由犯罪地的人民法院管辖；如果是被缉捕押解回监狱后发现的，由罪犯服刑地的人民法院管辖。

五、专门管辖

专门管辖指专门人民法院与地方人民法院之间、各种专门人民法院之间和每一种专门人民法院系统内部在审判第一审刑事案件上的分工，解决的是哪些案件由专门人民法院审判以及由哪一个专门人民法院审判的问题。目前，我国的专门人民法院有军事法院、铁路运输法院、森林法院、海事法院等，其中，海事法院没有刑事管辖权。

现役军人（含军内在编职工，下同）和非军人共同犯罪的，分别由军事法院和地方人民法院或者其他专门法院管辖；涉及国家军事秘密的，全案由军事法院管辖。但是，下列案件由地方人民法院或者军事法院以外的其他专门法院管辖：(1) 非军人、随军家属在部队营区内犯罪的；(2) 军人在办理退役手续后犯罪的；(3) 现役军人入伍前犯罪的（需与服役期内犯罪一并审判的除外）；(4) 退役军人在服役期内犯罪的（犯军人违反职责罪的除外）。

铁路运输法院主要管辖铁路运输系统公安机关负责侦破的刑事案件，主要是危害、破坏铁路运输和生产的案件，破坏铁路交通设施的案件，火车上发生的犯罪案件以及违反铁路运输法规制度造成重大事故或严重后果的案件。

森林法院管辖违反森林保护法、破坏森林的犯罪案件。

【问题与思考】

1. 什么是管辖？为何要规定管辖制度？

2. 什么叫立案管辖？人民法院、公安机关、人民检察院分别管辖哪些刑事案件？

3. 刑事诉讼法对级别管辖是怎样规定的？

4. 划分地区管辖的一般原则是什么？

5. **案例讨论：**

2006 年 3 月 9 日，家住甲市的被告人张某、刘某、王某三人纠合在一起，张提出“弄个小姐玩玩”，刘、王同意。当晚 10 时许，被告人刘某将本单位一面包车开出，三人驾车在通往乙市的公路上，伺机作案。当女青年陈某骑车迎面而来时，刘某突然急刹车，张、王二人跳下车将女青年陈某劫持到车上，汽车朝乙市开去。途中三名被告人轮奸了该女青年，直到车开到乙市境内后，轮奸行为仍未实行终了。受害人在乙市被抛出车外，恰被乙市的一市民发现并及时报案，乙市公安机关当夜将窜至乙市的张某、刘某、王某三名被告人抓获归案。

本案中，甲市法院与乙市法院对管辖存在争议，甲市法院认为此案应由乙市法院受理。理由是：第一，此案被告人的犯罪行为始于甲市，但犯罪行为的完成无疑是在乙市境内，乙市也是犯罪地的一部分；第二，此案是由乙市公安机关侦破，并由乙市检察机关审查起诉的，乙市法院受理更为方便。而乙市法院则认为，此案应由甲市法院受理。理由是：被告人的主要犯罪行为是在甲市实施的，并且被告居住在甲市，根据《刑事诉讼法》第 24 条的规定，甲市法院应该受理此案。

问题：结合人民法院地域管辖原则，分析本案中各法院管辖的可行性问题。

第六章 回避制度

第一节 回避的概念和意义
- 一、回避的概念
- 二、回避的意义

第二节 回避的种类、理由和适用的人员
- 一、回避的种类
- 二、回避的理由
- 三、回避制度适用的人员

第三节 回避的程序
- 一、回避的提起
- 二、回避的审查决定
- 三、对驳回申请的复议
- 四、违反回避规定的法律责任

本章概要

“任何人不得裁判自己的诉讼。”回避这项古老的制度，是法官中立的重要保障措施，亦是当事人享有的基本诉讼权利。各国刑事诉讼法均有规定，我国刑事诉讼法及司法解释对回避制度作了较为明确、详尽的规定。

关键术语

回避　自行回避　申请回避　指令回避

第一节　回避的概念和意义

一、回避的概念

任何人不得为自己案件的法官。

——西方法谚

回避的字面意思是指避开或者让开。从古今中外的法律规定来看，回避至少有三方面的含义：第一是官员任职方面的“回避”制度，它指的是官员在特定情况下不得在一定的地区或部门任职。这种制度在古代和现代的法律中都有体现。例如，我国《法官法》第16条规定：“法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的，不得同时担任下列职务：（一）同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长；（二）同一人民法院的院长、副院长和审判员、助理审判员；（三）同一审判庭的庭长、副庭长、审判员、助理审判员；（四）上下相邻两级人民法院的院长、副院长。”第二是中国封建时期的一项法律制度，指的是黎民百姓见到官员应当有所避让，不得冒犯其尊严。在中国古代，官员出巡和升堂时打出的“回避”牌，就是这个意思。第三是诉讼法意义上的回避制度。这种制度，在我国的唐朝就有了。《唐六典·刑部》规定：“凡鞫狱官与被鞫人有亲属仇嫌者，皆听更之。”宋承唐制，也有类似的规定。元朝不仅规定了回避制度，而且还规定了应当回避而没有回避的人员应当承担的法律责任。《大元通制·职制篇》规定：“诸职官听讼者，事关有服之亲，并婚姻之家，及曾受业之师，与所仇嫌之人，应回避而不回避者，各以所犯坐之。”

诉讼中的回避制度是一种诉讼民主制度，现代各国的刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法对它都有规定。我国《刑事诉讼法》第一编第三章用4个条文规定了刑事诉讼的回避制度。《高法解释》、《检察院规则》以及《公安部规定》都对回避问题作了规定。不仅如此，最高人民法院在2000年专门发布了《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》，对回避制度作了更加明确的规定。由此可见，我国刑事诉讼立法和司法实践是非常重视回避制度的。根据我国《刑事诉讼法》以及有关司法解释、部门规章的规定，我国刑事诉讼中的回避，是指法律规定的与案件或者案件当事人有利害关系或其他关系的侦查人员、检察人员、审判人员及其他人员，为了避免可能影响公正处理案件的情况发生，不得在本案诉讼中履行司法或者与司法相关联的记录、翻译、鉴定等职务的一项诉讼制度。有不少学者认为，回避是指侦查、检察和审判人员由于同案件有利害关系或者其他关系而不参加该案的侦查、检察和审判。我们认为，在给回避下定义时使用“公安、司法人员不参加该案的侦查、检察和审判”这种提法是不准确的。因为有的公安、司法人员比如法官，与案件当事人有近亲属这种密切的关系，按照我国法律的规

定，他虽然不能在刑事诉讼中担任审判人员，但可以担任被告人的辩护人或者其他当事人的诉讼代理人，这也是参加了审判等诉讼活动。因此，准确的提法应该是“不得在本案诉讼中履行司法或者与司法相关的记录、翻译、鉴定等职务”。

二、回避的意义

回避是一项重要的诉讼制度，为当今世界各国法律普遍采用。它对于保证刑事诉讼的顺利进行具有重要的意义：

1. 回避制度是刑事诉讼公正进行的制度保障

实行回避制度，可以有效地避免公安、司法人员因与本案有利害关系或其他关系而可能产生的弄虚作假、徇私舞弊、故意偏袒等不公正的现象，从而保障案件得到客观、公正的处理。

2. 回避制度有利于当事人诉讼权利的行使和接受案件处理结果

申请回避是当事人的一项诉讼权利，这就使当事人能够积极参加诉讼活动，充分行使其诉讼权利，推动诉讼活动的顺利和公正进行。而且，实行回避制度，增强了当事人对公安、司法机关及工作人员的信任，也有利于当事人接受案件处理的结果，顺利执行案件的判决、裁定。

3. 回避制度有利于维护司法机关的权威

实行回避制度，同案件或案件当事人有利害关系或其他关系的公安、司法人员不能参与案件的处理，这就能保障公安、司法机关及其工作人员在刑事诉讼中处于公正无私的中立地位，使得当事人更加信赖公安、司法机关及工作人员。所以，回避制度显然有利于维护公安、司法机关在诉讼中的权威地位，提高公安、司法机关处理案件的可信度。

4. 回避制度还可以保护公安、司法人员免受“法理亲情冲突”的困扰

有一些公安、司法人员认为，回避制度既然是一项诉讼中的民主制度，它的主要作用是限制公安、司法人员。这种观点并不全面。回避制度不仅能够限制公安、司法人员，也能够保护公安、司法人员。历史上发生的一些案例表明，在没有回避制度的古代，一些司法官员遇到亲属犯罪的案件时，往往左右为难，甚至因此而丢了官，丢了命。《韩非子·外储说》（左下）记载了一个案例：赵国梁车新为邺令，其姊往看之，暮而城门闭，因逾郭而人，车遂刖其足。赵成侯以为不慈，夺其玺，免其令。《吕氏春秋·高义篇》记载了另一个案例：“荆昭王之时有士焉，曰石渚，其为人也，公直无私，王使为政。廷有杀人者，石渚追之，则其父也。还车而返，立于廷曰：‘杀人者仆之父也，以父行法不忍，阿有罪废国法不可，失法伏罪，人臣之义也。’于是伩斧（钻）请死于王。王曰：‘追而不及，岂必伏罪哉？子复事也。’石渚辞曰：‘不私其亲，不可为孝子，事君枉法，不可为忠臣，君令舍之，上之惠也，不敢废法，臣之行也。’不去斧（钻），没头于庭。正法枉必死，父犯法而不忍，王赦之而不肯，石渚之为人臣也，可为忠且孝也。”

假设梁车、石渚所在的时代有回避制度，二人可以将案件交给他人办理，无论案件办得是好还是坏，都与他们无关，梁车的官位、石渚的性命都会得以保全。在现代，假若某一个公安、司法人员在实际工作中遇到亲属犯罪的案件，他完全可以用回避制度来摆脱进退两难的境地。所以，回避制度对公正无私的公安、司法人员来说，是一个很好的自我保护制度。

第二节　回避的种类、理由和适用的人员

一、回避的种类

根据《刑事诉讼法》和有关司法解释的规定，我国刑事诉讼中的回避有三种类型：自行回避、申请回避和指令回避。这是以提出回避的主体和方式为标准划分的。

自行回避是指侦查人员、检察人员、审判人员以及其他人员，在刑事诉讼的进行当中，如果遇有法律规定的应当回避的情形，认为自己不应当在本案诉讼中履行职务时，自己主动提出的回避。这种回避是由应当回避的人员主动提出的，充分体现了公安、司法人员依法进行刑事诉讼的精神和良好的法治素养，应当大力提倡。

申请回避是指案件的当事人及其法定代理人，如果认为处理案件的侦查人员、检察人员、审判人员以及其他人员具有法律规定的应当回避的情形，依法向有关公安、司法机关提出要求他们不得在本案诉讼中履行职务的请求。根据这个申请进行的回避就是申请回避。提出要求公安、司法人员回避的请求，是刑事诉讼当事人享有的一项诉讼权利，公安、司法机关应当加以认真保护。当事人及其法定代理人的回避申请可以在刑事诉讼的任何阶段提出，不论在哪一个阶段上，主持诉讼的公安、司法机关都应当予以接受，并应当对申请的理由进行认真的核查。如果提出申请的理由属实，依法能够成立的，应当坚决作出回避的决定；如果理由不能成立，或者当事人对他提出的回避理由没有相关的证据证明，公安、司法机关应当作出不予回避的决定，并向当事人说明理由。在回避问题上，公安、司法机关一定要依法办事，讲求信用，不能欺骗、蒙蔽当事人。

指令回避是指依照法律应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，公安、司法机关及其负责人直接作出回避决定，命令他不得在本案诉讼中履行职务的制度。我国刑事诉讼法没有规定指令回避制度，最高人民法院、最高人民检察院的司法解释和公安部制定的部门规章规定了这项制度，这是对刑事诉讼法关于回避制度的很好的补充。《高法解释》第 26 条规定："应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，院长或者审判委员会应当决定其回避。"《检察院规则》第 25 条

规定："应当回避的人员，本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，检察长或者检察委员会应当决定其回避。"《公安部规定》第29条规定："公安机关负责人、侦查人员具有应当回避的情形之一，本人没有自行回避，当事人及其法定代理人也没有申请他们回避的，应当由同级人民检察院检察委员会或者县级以上公安机关负责人决定他们回避。"

二、回避的理由

（一）我国刑事诉讼法规定的回避的理由及其存在的缺陷

回避的理由也就是法律规定的应当回避的具体情形。根据《刑事诉讼法》第28条和第29条的规定，回避的理由有：

1. 是本案的当事人或者是当事人的近亲属的

办案人员是本案的当事人，意味着办案人员同案件的处理结果有利害关系，如果其参与案件的处理，就可能影响案件的公正处理。办案人员是当事人的近亲属的，就有可能偏袒其亲属，也会影响案件处理结果的公正性。

2. 本人或者他的近亲属和本案有利害关系的

办案人员本人或者他的近亲属和本案有利害关系，意味着案件的处理结果将会对办案人员本人或者其近亲属产生影响，因此在这种情况下办案人员不宜，也不应当参与案件的处理。

3. 担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的

证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人是案件的主要诉讼参与人，担任过证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的人已经参与了本案的诉讼活动，对案件事实和案件应当如何处理已经有了一定的看法，如果其再担任侦查人员、检察人员、审判人员，就可能先入为主，产生主观、片面思想，难以客观、公正地处理案件，因此其应当回避。

4. 与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的

与本案当事人有其他关系，是指上述三种情形之外的某种关系，比如办案人员与本案当事人现在或曾经是邻居、同学、同事、师生等关系，或者有个人之间的恩怨，等等，而且由于存在上述关系而可能影响案件公正处理的，也应当回避。

5. 接受当事人及其委托的人的请客送礼，或者违反规定会见当事人及其委托的人的

公安、司法人员代表国家进行刑事诉讼，应当严格依照法律公正、无私地处理案件，特别是不能与一方当事人有不正当的关系。如果他们接受当事人及其委托的人请客送礼，或者违反规定会见当事人及其委托的人的，就可能使案件得不到公正处理，甚至出现徇私枉法、出入人罪等严重的违法现象，还会给公安、司法机关的威信带来极为不良的影响。因此，1996年我国对《刑事诉讼法》进行修改时增加了此项回避的理由，即公安、司法人员有上述行为的，除应当依法追究

其法律责任外，当事人及其法定代理人有权要求他们回避。

我国《刑事诉讼法》关于回避理由的规定，是非常不完善的。其主要缺陷是：第一，由于《刑事诉讼法》对“近亲属”界定的范围较窄，使得一些与案件或案件当事人有密切血缘关系的公安、司法人员，不能按照《刑事诉讼法》的规定进行回避。在前两个回避的理由中，都出现了“近亲属”这个概念。什么是近亲属？我国《刑事诉讼法》第 82 条有一个解释：“近亲属”是指夫、妻、父、母、子、女和同胞兄弟姐妹。因此，按照《刑事诉讼法》的规定，在回避的第一个理由中，办案人员只有是当事人的丈夫或者妻子、父母、子女、同胞兄弟姐妹的，才需要回避，有其他亲属关系的就不一定需要回避，比如，和当事人有祖父母与孙子女关系、外祖父母与外孙子女关系、甥舅关系、叔侄关系等中国人观念中普遍认为血缘较近的亲属关系的，不在回避之列。这显然不符合中国的国情。在这个问题上，我国台湾地区的“刑事诉讼法”规定得更好。根据我国台湾地区“刑事诉讼法”的规定，推事现为或曾为被告或被害人之配偶、八亲等内之血亲、五亲等之姻亲或家长、家属者；推事与被告、被害人订有婚约者，都是应当回避的理由。第二，回避理由规定得不周延，一些应当成为回避理由的情况，没有作为回避理由加以规定。为了防止公安、司法人员先入为主，在以前的诉讼阶段上履行过公安、司法职务的，在以后的诉讼阶段就不能再履行公安、司法职务。例如，某人在公安机关工作时曾作为侦查人员参与一个案件的侦查，后来调到法院担任法官。当他曾参与侦查的那个案件起诉到法院时，他就不能再参与该案件的审判。这样一个大家公认的应当回避的情况，就没有作为回避的理由规定在《刑事诉讼法》中。第三，《刑事诉讼法》规定的第四种回避理由，是一种模糊的标准。对于哪些情况属于“与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的”，当事人和人民法院会产生不同的理解，这为法院在回避问题上搞“司法擅断”提供了借口。

（二）我国有关司法解释对回避理由的规定

为了弥补《刑事诉讼法》在回避理由规定上存在的缺陷，最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》对回避的理由作了补充性的规定。根据这项规定，审判人员进行回避的理由有以下十个方面：（1）是本案的当事人或者与当事人有直系血亲、三代以内旁系血亲及姻亲关系的；（2）本人或者其近亲属与本案有利害关系的；（3）担任过本案的证人、鉴定人、勘验人、辩护人、诉讼代理人的；（4）与本案的诉讼代理人、辩护人有夫妻、父母、子女或者同胞兄弟姐妹关系的；（5）本人与本案当事人之间存在其他利害关系，可能影响案件公正处理的；（6）未经批准，私自会见本案一方当事人及其代理人、辩护人的；（7）为本案当事人推荐、介绍代理人、辩护人，或者为律师等其他人员介绍办理该案的；（8）接受本案当事人及其委托的人的财物、其他利益，或者要求当事人及其委托的人报销费用的；（9）接受当事人及其委托的人的宴请，或者参加由其支付

费用的各项活动的；（10）向本案当事人及其委托的人借款，借用交通工具、通信工具或者其他物品，或者接受当事人及其委托的人在购买商品、装修住房以及其他方面给予的好处。

根据最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第2条的规定，当事人及其法定代理人以上述第六种至第十种理由申请审判人员回避的，应当提供有关证据材料。因为上述第六种至第十种理由所反映的情况，属于审判人员在审判中与当事人发生的“特殊关系”，审判人员与当事人是否发生了这种关系，需要证据证明，从“谁主张，谁举证”和“举证的方便性”原则来看，要求申请回避的一方当事人举证是适当的。此外，由提出回避申请的一方当事人举证，还可以防止当事人滥用回避申请权，给法院在决定回避问题上带来不必要的麻烦。

最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》中规定的十个回避的理由，不仅涵盖了我国《刑事诉讼法》规定的五种回避的理由，而且大大增加了审判人员应当回避的情况。从总体上说，这个司法解释使得回避问题基本周延，杜绝了在回避问题上存在的漏洞。但是，这个规定中的有些内容也需要商榷。第一，该规定第一个回避理由中提到的“姻亲关系”，范围不明。在该规定中用的是“三代以内旁系血亲及姻亲关系”，“姻亲”是不是“三代以内”不清楚，如果同旁系血亲一样也是“三代以内”，显然也不合适，因为姻亲和旁系血亲是不能相提并论的，姻亲应当比旁系血亲要窄一些。第二，在该规定的第二个回避理由中提到的“近亲属”，没有明确范围，是按照《刑事诉讼法》第82条规定的近亲属范围掌握，还是按照该规定第一个回避理由确定的近亲属范围掌握，不得而知。第三，对于在社会生活中客观存在的“准婚姻关系”或者“婚约关系”，不把它作为回避理由进行规定，显然不符合实际情况。审判人员与当事人之间存在的“准婚姻关系”，可能比旁系血亲关系更为密切，如果不把它作为回避的理由，可能会给公正审判带来危害。

《高法解释》第31条还规定：“参加过本案侦查、起诉的侦查、检察人员，如果调至人民法院工作，不得担任本案的审判人员。凡在一个审判程序中参与过本案审判工作的合议庭组成人员，不得再参与本案其他程序的审判。”在刑事诉讼中，侦查人员、检察人员、审判人员都依据其承担的诉讼职能进行相应的诉讼活动，这种职能的划分有利于客观、公正地查清案件事实、正确适用法律，具有科学性。如果没有这种职能的划分，公安、司法人员既是侦查人员，又是检察人员、审判人员，那么案件诉讼显然就难以客观、公正地进行。此外，参加过某案侦查、起诉的侦查、检察人员如果调至法院工作，由于其对该案件已经有了一定的认识，为了防止先入为主思想干扰审判工作，其不得担任该案的审判人员；同样，在一个审判程序中参与过某案审判工作的工作人员，不得再参与该案其他审判程序如二审和再审的审判工作，也是完全应当的。

三、回避制度适用的人员

回避制度适用的人员，也就是回避制度适用的对象。根据《刑事诉讼法》第 28 条和第 31 条的规定，在刑事诉讼中适用回避制度的人员包括：

1. 审判人员

这里的审判人员应当作广义理解，不仅包括直接审理案件的审判员、助理审判员和人民陪审员，还应当包括有权参与案件讨论、审查和作出处理决定的法院院长、副院长、庭长、副庭长以及审判委员会的成员。

2. 检察人员

这里的检察人员不仅包括直接负责案件的审查批准逮捕、审查决定起诉、出庭支持公诉的检察人员，还应当包括有权参与案件讨论、审查和作出处理决定的检察长、副检察长以及检察委员会的成员。

3. 侦查人员

这里的侦查人员不仅包括直接负责案件侦查的公安人员和检察人员，也应当包括有权参与案件讨论和作出处理决定的公安机关负责人与检察机关的检察长、副检察长、检察委员会的成员，以及检察机关相关内设机构的负责人。

4. 书记员

包括在案件的立案、侦查、起诉和审判阶段担任记录、送达工作的书记员。在刑事诉讼中，书记员从事的工作是与案件诉讼有关的记录、送达和其他诉讼的辅助性工作，不参加各诉讼阶段上对案件实质性问题的讨论和决定。这些工作虽然对诉讼的结果和进程不起决定性作用，但是，书记员的不公正行为也会影响案件诉讼的顺利进行，甚至导致合议庭、审判委员会对案件作出错误的决定。所以，书记员也应当是回避制度的适用对象。

5. 翻译人员

翻译人员是指在刑事诉讼中为诉讼参与人提供语言文字翻译工作的人员，包括在案件的侦查、起诉、审判等诉讼阶段担任语言文字翻译工作的人员。翻译人员是公安、司法人员与不通晓当地通用语言文字的诉讼参与人进行交流的桥梁，准确、客观的翻译能够使公安、司法人员和诉讼参与人双方清楚了解对方的意思表示，保证诉讼顺利进行，有助于实现诉讼的公正。相反，歪曲的翻译可以使公安、司法人员和诉讼参与人尤其是当事人产生误解，这不仅妨碍诉讼的顺利进行，还可能使公安、司法人员作出错误的决定，影响案件的处理结果的正确性。所以，与案件或案件当事人有利害关系或者其他特殊关系的翻译人员也应当回避。

6. 鉴定人

鉴定人是指在刑事诉讼中受公安机关、检察机关和人民法院的指派或者聘请，就案件中的某些专门问题进行鉴定并提供鉴定意见的人员。根据我国现行的《刑

事诉讼法》和全国人大常委会《关于司法鉴定管理问题的决定》，鉴定是刑事诉讼活动的组成部分。鉴定意见即鉴定结论的公正与否，不仅影响刑事诉讼的顺利进行，而且影响刑事诉讼结果是否公正。因此，选择有专业知识、能站在公正立场的鉴定人是很重要的。要求与案件或案件当事人有利害关系或者其他特殊关系的鉴定人予以回避，对于保证鉴定的正确乃至刑事诉讼的公正，都是很重要的。所以，鉴定人是回避制度适用的对象。

根据最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》的要求，刑事诉讼中的执行人员在执行过程中遇到法律和最高人民法院司法解释规定的应当回避的情况时，也应当予以回避。

我国的《刑事诉讼法》、《律师法》没有规定诉讼代理人、辩护人的回避问题。因此，回避制度不适用于诉讼代理人和辩护人。这是因为诉讼代理人、辩护人是为当事人服务的，他们进行的诉讼活动不具有司法的职能。即使诉讼代理人、辩护人发表了不公正的意见，完全可以通过公安、司法机关的“不予采纳”决定来排除其对诉讼公正的干扰。考虑到某些与法院或其工作人员有特殊关系的律师和其他公民担任诉讼代理人、辩护人会延误诉讼工作或者带来其他负面的影响，《律师法》和最高人民法院的有关司法解释规定，有下列情况之一的人员担任诉讼代理人、辩护人的，法院不予准许：第一，审判人员及法院其他工作人员离任不满两年的；第二，审判人员及法院其他工作人员离任两年后，担任原任职法院审理案件的诉讼代理人、辩护人，对方当事人认为可能影响公正审判而提出异议的，但是作为当事人的近亲属或者监护人代理诉讼或者进行辩护的除外；第三，审判人员及法院其他工作人员的配偶、子女或者父母，担任其所在法院审理案件的诉讼代理人、辩护人的。这些规定，可以起到与回避制度同样的作用。

第三节 回避的程序

一、回避的提起

回避的提起包括回避的提出和回避的申请两种类型。

1. 回避的提出

回避的提出是指在刑事诉讼中，公安、司法人员遇有本人应当回避的情形时，自己主动提出的不在本案诉讼中履行职务的请求。根据有关司法解释和部门规章的规定，审判人员、检察人员、侦查人员及其他人员，如果具有法律规定应当回避的情形，需要自行回避的，可以口头或者书面向有权决定回避的机关或者人员提出，并且说明理由；口头提出的，应当记录在案。

2. 回避的申请

回避的申请是指当事人及其法定代理人在发现审判人员、检察人员、侦查人员和其他有关人员具有应当回避的情形时提出的，要求他们在本案诉讼中不能履行职务的申请。提出回避的申请是当事人及其法定代理人依法享有的重要的诉讼权利，在任何诉讼阶段都可以行使，公安、司法机关对于他们的回避申请权，应当依法予以保障。我国《刑事诉讼法》第 154 条规定，人民法院开庭的时候，审判长要告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避。根据《刑事诉讼法》的立法精神，在侦查、起诉阶段，侦查人员、检察人员也应当告知当事人及其法定代理人有权申请回避。

当事人及其法定代理人申请公安、司法人员或其他法律规定的人员回避的，可以口头或者书面提出，并且说明理由，口头提出的，应当记录在案。

依照《刑事诉讼法》第 29 条和最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》第 2 条提出回避申请的，申请人还应当提供相关的证明材料。

二、回避的审查决定

回避应当由法律规定的组织或者人员依法进行审查，并且作出是否回避的决定。根据刑事诉讼法的规定，侦查人员、检察人员、审判人员的回避，分别应当由公安机关负责人、检察长、法院院长决定；法院院长的回避，由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定；书记员、翻译人员、鉴定人的回避，应当根据其所处的诉讼阶段分别由法院院长、检察长、公安机关负责人决定。根据《公安部规定》第 28 条、第 32 条的规定，侦查人员的回避以及侦查过程中鉴定人、记录人、翻译人员的回避，由县级以上公安机关负责人决定；县级以上公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。根据《检察院规则》第 23 条的规定，检察长的回避，由检察委员会讨论决定。检察委员会讨论检察长回避问题时，由副检察长主持，检察长不得参加。根据《高法解释》第 25 条的规定，审判委员会讨论院长回避问题时，由副院长主持，院长不得参加。

公安、司法人员应当回避的，如果本人没有自行回避，当事人和他们的法定代理人也没有申请其回避的，法院院长、检察长、公安机关负责人或者审判委员会、检察委员会应当决定其回避。

一般来讲，需要回避的人员在当事人提出回避申请后，有关人员或者组织作出是否回避的决定前，就应当暂停依职务进行的诉讼行为，以保证诉讼活动的公正进行。但是，根据《刑事诉讼法》及有关司法解释、部门规章的规定，对侦查人员的回避作出决定前或者复议期间，侦查人员不能停止对案件的侦查。这是由侦查工作的性质所决定的。根据《公安部规定》第 33 条，被决定回避的公安机关负责人、侦查人员、鉴定人、记录人和翻译人员在回避决定作出以前所进行的活动是否有效，由作出决定的机关根据案件情况决定。根据《检察院规则》第 30 条

的规定，因符合《刑事诉讼法》第 28 条或者第 29 条规定的情形而回避的检察人员，在回避决定作出以前所取得的证据和进行的诉讼行为是否有效，由检察委员会或者检察长根据案件具体情况决定。

公安、司法机关对当事人及其法定代理人的回避申请进行审查或者调查，符合法律规定回避条件的，应当作出回避决定；不符合法律规定回避条件的，应当驳回申请。

三、对驳回申请的复议

《刑事诉讼法》第 30 条规定，对驳回申请回避的决定，当事人及其法定代理人可以申请复议一次。这是对当事人及其法定代理人申请回避诉讼权利的保障性措施。

根据《公安部规定》，公安机关作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人，如不服决定，可以在收到“驳回申请回避决定书”后 5 日内向原决定机关申请复议一次；当事人及其法定代理人对驳回申请回避的决定不服，申请复议的，决定机关应当在 3 日以内作出复议决定并书面通知申请人。

根据《检察院规则》第 26 条、第 27 条的规定，人民检察院作出驳回申请回避的决定后，应当告知当事人及其法定代理人，如不服本决定，有权在收到驳回申请回避的决定书后 5 日内向原决定机关申请复议一次。当事人及其法定代理人申请复议的，决定机关应当在 3 日内作出复议决定并书面通知申请人。

根据最高人民法院的司法解释，被决定回避的人员对决定有异议的，可以在恢复庭审前申请复议一次；被驳回回避申请的当事人及其法定代理人对决定有异议的，可以当庭申请复议一次。另外，不属于《刑事诉讼法》第 28 条、第 29 条所列情形的回避申请，即申请回避的理由不属于法律和司法解释规定的回避情形的，由法院当庭驳回，并不得申请复议。

四、违反回避规定的法律责任

违反回避规定的法律责任，是指公安、司法机关及其工作人员在没有遵守有关回避制度的规定时应当承担的法律后果。我国刑事诉讼法对这个问题没有作出明确的规定，这对于在司法实践中贯彻执行回避制度是极其不利的。最高人民法院《关于审判人员严格执行回避制度的若干规定》对此作了补充性的规定。根据最高人民法院前述司法解释的规定，第二审人民法院发现或者根据当事人、诉讼代理人、辩护人的举报，认为第一审人民法院违反回避制度规定的，经查证属实，应当裁定撤销原判，发回原审人民法院重新审判。审判人员明知应当回避，故意不依法自行回避，或者对符合回避条件的申请故意不作出回避决定的，依照《人民法院审判纪律处分办法（试行）》的规定予以处分。审判人员明知诉讼代理人、辩护人不能在本案中担任诉讼代理人、辩护人，故意不作出正确决定的，参照

《人民法院审判纪律处分办法（试行）》第24条的规定予以处分。

【问题与思考】

1. 应当回避的理由有哪些？
2. 回避适用于哪些人员？
3. 回避由谁来决定？
4. 案例讨论：

王某，男，1972年3月2日出生，系安徽省某矿山机械厂工人。1998年3月14日晚8时许，王某在一起聚众斗殴中，持刀连刺刘某数下，致使刘某失血性休克死亡。王某畏罪潜逃，1个月后被抓获。案件起诉后，某市中级人民法院安排法官陈某担任审判长，负责审判此案。碰巧的是，在“文化大革命”中，王某的父亲曾冒死救过陈某的命。案件开庭审判前，王某的父亲多次找到陈某，说王某是他唯一的孩子，乞求陈某看在当年的情分上手下留情。

问题：

（1）本案中陈某是否需要回避？

（2）如果法院发现了陈某与王某的这层“关系”后，可否决定陈某回避？

（3）假如陈某没有回避，审判了本案，二审法院发现了此情况，可否以此为理由撤销一审法院的判决？

第七章 辩护与代理

第一节 辩护制度的概念和意义
- 一、辩护制度的概念和历史发展
- 二、我国刑事辩护制度的理论基础
- 三、实行辩护制度的意义

第二节 辩护人的范围和辩护种类
- 一、辩护人的概念和范围
- 二、辩护人的诉讼地位和职责
- 三、辩护的种类
- 四、辩护人介入刑事诉讼的时间

第三节 辩护人的权利和义务
- 一、辩护人的权利
- 二、辩护人的义务

第四节 刑事诉讼代理
- 一、刑事诉讼代理概述
- 二、自诉案件中的代理
- 三、公诉案件中的代理
- 四、附带民事诉讼中的代理

本章概要

被指控人有权获得辩护是各国公认的法律原则，它超越了社会制度、意识形态及法律文化，在各国得到了普遍确立。辩护制度的完善与否是判断一国诉讼制度文明与否的重大标准，亦是司法公正能否实现的保证。

关键术语

辩护人　诉讼代理人　委托辩护　律师调查取证权

第一节　辩护制度的概念和意义

一、辩护制度的概念和历史发展

刑事诉讼的进化历史也可以说是辩护权的发展的历史。

——【日】田口守一

辩护制度，是法律规定的关于辩护权、辩护种类、辩护方式、辩护人的范围、辩护人的责任、辩护人的权利与义务等一系列规则和制度的总称。它是犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护这一宪法原则在刑事诉讼中的体现和保障，是现代国家法律制度的重要组成部分。辩护制度的健全与完善，成为刑事诉讼程序民主化与科学化的重要标志。

律师制度与辩护制度并不是同时产生的，内容、范围也不尽相同，但是，律师制度确实是适应辩护制度的发展而应运而生的。世界上最早的律师辩护制度出现在古罗马，即公元前3世纪到公元6世纪的罗马。古罗马原来并没有诉讼代理制度和律师制度。到古罗马共和国初期，社会上出现了一种被称为“保护人”的人，在诉讼中代表被保护人进行诉讼活动，而被保护人“乃以其工作为报效”。这种“保护人”既可以给被告人以法律帮助，又可以在法庭上为被保护人进行代理和辩护，后来逐渐发展为一种高尚的“自由职业”。由于这些人懂法善辩，故而又称“辩护士”。到了罗马帝政后期，律师除必须具有行为能力、良好品行外，还必须受过5年法律教育。不能收受公费的规定也被突破，开始由法令明文承认准许，并规定限额。法令还规定，在约定之外，律师不得巧立名目收受，违者受开除处分。至此，律师受到国家法令的保护，成为社会上高尚的自由职业者，享有权利和履行相应义务，从而形成初期的律师制度。

律师辩护制度最早出现于奴隶制的古罗马，其原因是多方面的，主要是：(1)它是适应国家法制建设的需要而建立起来的。过去，公民认为自己懂得习惯法，

会在诉讼中自己应用法律或从亲属那里吸取意见以维护自己的权益。后来，随着商品经济的发展，法律日渐增多、复杂，当事人在诉讼中，特别是在法庭辩论中急需熟悉法律的人协助。因此，辩护人应运而生，并逐渐为国家法律所承认。(2)它是平民阶层政治斗争的重要成果。古罗马奴隶制国家的主要矛盾是奴隶主同奴隶的矛盾。但是，随着手工业生产和商品交换的发展，平民与贵族的斗争占据相当的地位。平民为争取商品交换的自由、平等进行，在政治上与贵族进行了长期而卓有成效的斗争。这种斗争成果在诉讼中的一个具体体现是原、被告诉讼地位平等，被告人享有辩护权。这就为律师辩护制度的建立创造了政治条件。(3)它还是奴隶制民主制度的遗留。古罗马诉讼采取弹劾式诉讼形式，同时在诉讼中实行公开审判、法庭辩论、允许当事人及其保护人进行辩护等原则和程序，它既反映了当时古罗马人在政治和经济上争取平等权利的要求，也是原始氏族社会民主制度的遗留与继承。正是这种原始氏族的平权思想、民主解决争议问题习惯的遗留以及当时朴素的辩证法思想等的影响，律师辩护制度的产生有了较坚实的思想和理论基础。而弹劾式诉讼形式的发展，则加速了律师辩护制度的产生与发展。从律师辩护制度的产生初期就可以清楚地看出，它是商品经济发展的结果，是国家民主、法制的产物和体现。

近代辩护制度，特别是律师辩护制度，是欧美资产阶级民主革命的产物，是资产阶级同封建司法制度特别是它的诉讼制度斗争的成果。中世纪欧洲各国进入封建君主专政时期，封建国家的法制体现了封建主的特权与专横。这一时期，多数国家为适应封建君主专制集权的需要，废除了古代弹劾式诉讼，改用纠问式诉讼，被告人不再享有辩护权，审讯秘密进行，广泛采用刑讯，因此，律师辩护制度被废止。公元17、18世纪，在资产阶级反封建的斗争中，资产阶级启蒙思想家，如英国的洛克和法国的伏尔泰、狄得罗等，倡导“天赋人权”、“人人平等”等民主思想，提出用辩论式诉讼代替纠问式诉讼，当事人是诉讼主体，(尤其是被告人)有权为自己辩护并有权聘请律师或其他公民为自己辩护。英国平均主义派领袖李尔本在他的《人民约法》一书中，明确主张被告人应有权辩护或请别人协助辩护。由于罗马法的许多规定适合资产阶级的需要，资产阶级夺取政权后，参照罗马法的规定，相继规定了律师辩护制度。1679年《英国人身保护法》明文规定了诉讼中的辩论原则，并承认被告人有权获得辩护。1791年美国联邦宪法第6条修正案规定，在一切刑事诉讼中，被告人有权“以强制手段取得对于本人有利的证据，并受辩护人之助”。1808年《法国刑事诉讼法典》，即拿破仑刑事诉讼法，系统地规定了诉讼中的辩论原则和律师辩护制度，明确了辩护权是法律赋予被告人针对指控进行辩解以维护自己合法权益的一种诉讼权利。它是专属于被告人的一项十分重要的诉讼权利，被告人在认为必要时可以委托律师行使辩护权，为自己提供法律帮助。于是，律师辩护制度迅速在资本主义国家普遍建立和发展起来。资本主义律师辩护制度的产生和发展，具有重大的历史进步意义，但也不可避免

地带有一定的局限性。

我国是社会主义国家，保护被告人的辩护权向来是我国刑事诉讼的一项重要原则。早在第二次国内革命战争时期，中华苏维埃共和国中央执行委员会颁布的《裁判部暂行组织及裁判条例》第 24 条就曾规定："被告人为本身的利益，可派代表出庭辩护，但须得法庭的许可。"抗日战争时期，各根据地都依照党中央的路线、方针、政策并结合本地情况，颁布了有关司法组织的诉讼程序的法律、法令，建立起各自的司法机关，在刑事诉讼中实行了公开审判制度。公开审判时，准许群众旁听和发言，准许当事人请其家属或有法律知识的人出庭充任辩护人，人民团体对于所属成员的诉讼也可派人出庭帮助辩护。新中国成立后，党和国家开始系统建设社会主义司法制度。刑事辩护制度也在总结民主革命时期成功经验的基础上得到发展。1954 年《中华人民共和国宪法》将"被告人有权获得辩护"规定为宪法原则。为贯彻这一宪法原则，《中华人民共和国人民法院组织法》第 8 条规定："被告人有权获得辩护。被告人除自己进行辩护外，有权委托律师为他辩护，可以由人民团体或者被告人所在单位推荐的或者经人民法院许可的公民为他辩护，可以由被告人的近亲属、监护人为他辩护。人民法院认为必要的时候，可以指定辩护人为他辩护。"可见，辩护人的范围是相当广泛的。建立人民律师制度，实行律师辩护，正式提上了法制建设日程。

然而，20 世纪 50 年代后期开始到"文化大革命"期间，由于"左"的思想路线的干扰、影响，我国的社会主义法制受到严重破坏，刚刚建立起来的律师制度遭到夭折，被告人的辩护权受到限制甚至被剥夺，造成了严重后果。党的十一届三中全会以后，在党中央加强民主与法制的方针指引下，开始恢复与重建律师制度。1979 年 7 月第五届全国人大二次会议通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》，不但规定了被告人的辩护权，同时对律师辩护制度给予了法律保障。1980 年 8 月 26 日，第五届全国人大常委会第十五次会议通过了《中华人民共和国律师暂行条例》。这一条例的颁布实施，成为我国律师辩护制度进入新时期的重要里程碑。

《刑事诉讼法》实施后，我国社会主义民主和法制建设不断发展，社会情况有了变化，司法实践中积累了不少经验，也反映出一些问题，需要总结实践经验，顺应现代法制建设的发展，对《刑事诉讼法》进行许多方面的补充、修改。1996 年 3 月 17 日八届全国人大四次会议审议通过了《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》，其中对辩护制度作了重大改革和完善。随着国家改革开放的深入，特别是社会主义市场经济体制的建立和民主法制的发展，原有的《律师暂行条例》中的一些内容已经不能适应形势的发展，1996 年 5 月 15 日八届全国人大常委会第十九次会议审议通过了《中华人民共和国律师法》，以确认和巩固律师工作改革的成果，规范和引导律师事业的健康发展，进一步发挥律师在政治、经济和社会生活中的作用。这两部法律的颁布与实施，为我国律师辩护制度在新时期的

发展奠定了坚实的法制基础，近十年来我国律师制度不断完善，业务领域不断拓展，队伍也不断发展壮大。为了适应新时期律师工作改革和发展的需要，进一步完善中国特色的社会主义律师制度，从 2004 年 6 月我国启动了《律师法》的修改。在经过大量的调研与广泛征求意见后，2007 年 10 月 28 日十届全国人大常委会第三十次会议通过了修订的《律师法》。它的颁布实施是完善中国特色社会主义律师制度的重要组成部分，将为律师更好地履行职责，维护当事人的合法权益，维护法律的正确实施，维护社会公平正义提供了法律保障；为推进律师工作建设，完善律师管理体制，提高律师工作水平提供了重要的法律依据。

二、我国刑事辩护制度的理论基础

我国《宪法》、《刑事诉讼法》、《律师法》等法律确立的刑事辩护原则和制度，包括律师辩护制度，是以马克思列宁主义、毛泽东思想为理论基础制定的，特别是马克思主义认识论、马克思主义哲学中的“对立统一规律”更具有指导意义，可以说，辩护制度是这一科学世界观、方法论在刑事诉讼中的具体运用和体现。法律规定，自诉案件中的自诉人、公诉案件中的公诉人，他们的主要职能是揭露、证实犯罪并向人民法院提出控告，以使犯罪行为人受到应有的惩处。而犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人，包括辩护律师，行使辩护权的主要目的或职责是依据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，针对控告进行辩解和反驳，以维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。由于法律明确规定了控告方与辩护方不同的权利与诉讼职能，故而，控、辩双方对案件中某些问题的看法产生分歧，是经常的和必然的。这种分歧随着对案情的查证、核实工作的进展，并将在“以事实为根据，以法律为准绳”的原则下达到统一。对于人民法院，此种分歧将有助于其防止“只了解原告一方，不了解被告一方”的片面性错误，使之做到“兼听则明”，保证对案件的正确处理。

当今，人身权利、民主权利等在国际上被普遍称为人权。维护人权的主张，最早产生于自然法和自然权利的思想，主要是针对奴隶主的残酷统治提出来的。这一思想在公元 6 世纪，被古希腊学者、罗马法学家和中世纪英国的一些法学家发现，并成为人人平等、自由这一理念的基础。英国资产阶级革命时期，为了反对封建专制，提出了“人权”口号并分别于 1679 年、1689 年经由国会制定了《人身保护法》、《权利法案》。18 世纪，资产阶级启蒙思想家孟德斯鸠、卢梭等人提出了“天赋人权”说。1776 年美国大陆会议通过了《独立宣言》，1789 年法国制宪会议通过了《人权宣言》，从而使人权问题逐渐成为国际社会普遍关心的重大问题之一。1948 年 12 月 10 日，联合国第三次会议通过了《世界人权宣言》，之后又通过了一些有关人权的公约，如 1966 年 12 月 16 日的《公民权利和政治权利国际公约》，受到许多国家的拥护和尊重。我国人民为争取人权进行了长期的艰苦卓绝的

斗争。新中国成立以来，人权状况得到了根本改变，我国政府和人民为维护人权与不断改善人权状况而不遗余力，并取得了显著成绩。我国政府对《世界人权宣言》给予积极评价，先后签署批准加入了一系列国际人权公约，并认真地履行自己承担的义务，特别是 1998 年 10 月 5 日又签署了《公民权利和政治权利国际公约》。犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则及有关辩护制度的确立与实施，既有利于在我国公安、司法工作的各个环节和司法程序上切实维护和保障人权，也有利于与有关国际法例相协调。

不少同志没有认识到我国辩护制度的哲学基础，没有认识到这一制度是阶级性与科学性的统一，也没有认识到这一制度是保障人权的重要体现和手段。这不能不说是造成我国律师辩护制度几经曲折，至今在贯彻中仍阻力颇多的根本原因之一。因此，从理论上充分认识和理解我国辩护制度的必要性与重要性，对于坚持与完善我国辩护制度无疑具有重要意义。

三、实行辩护制度的意义

一国是否真的自由，试金石之一是它对那些为有罪之人、为世人不耻之徒辩护的人的态度。

——【美】阿伦·德肖薇茨

辩护制度作为现代法治国家法律制度的重要组成部分，鲜明地反映了一国诉讼制度和司法机关执法的民主性与公正性程度，对于促进和保障司法公正、诉讼民主有着十分重要的意义。实行辩护制度，有利于公安、司法机关正确处理案件，防止办案人员主观片面，做到兼听则明，以避免冤、假、错案的发生。

实行辩护制度，有利于公安、司法机关维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。由于犯罪嫌疑人、被告人处于被追诉的地位，且人身自由往往也受到限制，故而，不能全面、深入了解案情，也无法收集有利于自己的情况和材料，从而难以行使自我辩护的权利；加之，犯罪嫌疑人、被告人多数缺乏法律知识，不知道享有什么诉讼权利，应如何行使这些权利，也不知道自己的行为罪轻还是罪重，所以，大多数人不能正确运用法律为自己辩护，以维护自己的合法权益。而辩护人主要是辩护律师，既有法律知识，又有广泛的诉讼权利，便于全面、具体地了解案情，运用其积累的辩护经验和技巧，帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，保障他们应有的合法权益。

实行辩护制度，还有利于更好地完成刑事诉讼法的教育任务。在法庭上，通过控、辩双方的辩论，可以使旁听群众全面了解案情，明辨是非，加强法制观念，发挥同犯罪作斗争的积极性；同时，有助于树立和宣传控诉与辩护平等的诉讼价值观，增强人们对司法公正观的认同。

第二节 辩护人的范围和辩护种类

一、辩护人的概念和范围

辩护人，是指接受犯罪嫌疑人、被告人的委托或人民法院的指定，帮助犯罪嫌疑人、被告人行使辩护权，以维护其合法权益的人。根据《刑事诉讼法》第32条的规定，辩护人的范围包括：

1. 律师。律师是指依法取得律师执业证书或法律职业资格，为社会提供法律服务的执业人员。虽然取得律师资格但未取得执业证书，并经注册登记的，仍不得以律师身份接受委托，履行辩护职责。律师应当维护当事人的合法权益，维护法律正确实施，维护社会公平正义。我国《律师法》第11条规定："公务员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。"第41条规定："曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后两年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。"

现役军人成为犯罪嫌疑人、被告人的，可以聘请军队中的或者地方的律师做辩护人。外国或无国籍的犯罪嫌疑人、被告人委托律师辩护的，只能委托中国律师做辩护人。

2. 人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人，也可以接受犯罪嫌疑人、被告人的委托，作为辩护人，为其进行辩护。这样规定，在我国律师队伍虽然迅猛发展，但仍不能适应实际需要的情况下，对于有效保护委托人的权益是十分有利的，实践证明也是可行的。这里的人民团体，是指工会、妇联、共青团、学联等群众性团体。修正后的《刑事诉讼法》已明确删除了"或者经人民法院许可的其他公民"的提法，表明经人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐，又经犯罪嫌疑人、被告人委托的人，不经人民检察院、人民法院的批准就可做辩护人。但是，涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的案件，对于有关人员是否适合作本案辩护人，应否经人民检察院、人民法院审查，法律未作明文规定，这一问题是值得进一步研究的。

3. 犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友，也可以接受犯罪嫌疑人、被告人的委托，做他的辩护人。原《刑事诉讼法》只限定被告人的夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹等近亲属和监护人可以接受委托作辩护人。修正后的《刑事诉讼法》实际上扩大了犯罪嫌疑人、被告人委托辩护人的选择范围，因为除了监护人，不再限定近亲属，而是亲戚朋友都可接受犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人的委托，做他的辩护人。这对于犯罪嫌疑人、被告人能够及时委托到辩护人，解决请律师难的问题和维护其权益是十分有利的，也充分考虑了我国的国情，特别是解决了一个相当长的时期里，犯罪嫌疑人、被告人委托律师的经济承受能力

与律师队伍数量和精力的承受能力方面的冲突问题。

《刑事诉讼法》第 32 条第 2 款和《高法解释》第 33 条规定，下列人员不得被委托担任辩护人：（1）被宣告缓刑和刑罚尚未执行完毕的人；（2）依法被剥夺、限制人身自由的人；（3）无行为能力或者限制行为能力的人；（4）人民法院、人民检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的现职人员；（5）本院的人民陪审员；（6）与本案审理结果有利害关系的人；（7）外国人或者无国籍人。但上述第 4、5、6、7 项规定的人员，如果是被告人的近亲属或者监护人，由被告人委托担任辩护人的，人民法院可以准许。

《刑事诉讼法》第 32 条对辩护人的数额作了明确规定，即犯罪嫌疑人、被告人"可以委托一至二人作为辩护人"。这就是说，一名犯罪嫌疑人、被告人最多可以委托两名辩护人，其中可以都是律师，也可以都是犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友，还可以其中一名是律师，另一名是其他公民。由于犯罪嫌疑人、被告人之间存在着利害冲突，故而，一名律师不得同时接受两个以上（含两个）犯罪嫌疑人、被告人的委托，做他们的共同辩护人。《公安部规定》第 40 条规定，同案的犯罪嫌疑人不得聘请同一名律师。

二、辩护人的诉讼地位和职责

根据《刑事诉讼法》第 82 条第 4 项的规定，辩护人，包括辩护律师，在刑事诉讼中的法律地位是独立的诉讼参与人，是犯罪嫌疑人、被告人合法权益的专门维护者。他既不受公诉人意见的左右，也不受犯罪嫌疑人、被告人无理要求的约束；既不能成为"第二公诉人"，也不是犯罪嫌疑人、被告人的代言人。在庭审中把辩护人，包括辩护律师，视为"被告人"的做法是违法的。将辩护律师视为控诉和审判的干扰力量的认识也是错误的。辩护律师与出庭公诉的检察人员的诉讼地位应当是平等的，他们均服从法庭审判人员的指挥，依法履行各自的诉讼职能。

至于律师在侦查阶段的诉讼地位，由于《刑事诉讼法》第 96 条只规定了犯罪嫌疑人聘请的律师的活动内容，并未明确规定律师在侦查阶段属于"诉讼参与人"中的哪一种，于是，有的称之为"受犯罪嫌疑人委托的律师"，也有的称之为"法律帮助人"或"犯罪嫌疑人的法律顾问"等。我们认为，现代刑事诉讼的格局，是由控诉、辩护、审判三种基本权能共存的实际状况所决定的。诉讼中的公安、司法机关和诉讼参与人分别是控诉、辩护、审判三种权能的承担者；诉讼参与人无论其与诉讼结果有无关系，当其介入特定案件的诉讼之后，就必须担当起某一种法定的角色，按照法律给这种角色规定的权利、义务履行相应的权能。我国《刑事诉讼法》规定，犯罪嫌疑人、被告人享有辩护权；并且规定，这种权利可以委托律师代为行使，而律师的职责就是依据事实和法律为委托人进行辩护，使委托人获得公正、合法的诉讼结果。因此，律师只要接受被控告者的委托介入诉讼，无论是在什么诉讼阶段介入，他在本质上都是辩护人，在诉讼过程中，他只属于

“辩护人”这一种诉讼参与人。我们不能将律师在侦查阶段向犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉和控告的行为看作一般的法律行为而不带有辩护性质。律师在会见犯罪嫌疑人解答其询问时，一般都要涉及犯罪嫌疑人的行为在法律上是否构成犯罪，构成何罪，哪些情况可作无罪、罪轻或者减轻处罚的辩解等。这种解答本身旨在帮助犯罪嫌疑人依据事实和法律正确应诉，而其侧重点显然在于指导犯罪嫌疑人正确地准备辩护理由，因此，这种解答不是一般的解答行为，而是帮助犯罪嫌疑人正确地进行防御准备，这种行为无疑是辩护性质的法律活动。至于代理申诉、控告，则是法律赋予犯罪嫌疑人委托律师进行救济的一项权利，这项权利同样旨在保护犯罪嫌疑人的合法权益不受侵害，是犯罪嫌疑人在侦查阶段行使辩护权的一个重要方面。由此可见，“给侦查阶段犯罪嫌疑人委托的律师杜撰一种法律规定之外的称谓也是不必要的”①。

《刑事诉讼法》第 35 条规定：“辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”《律师法》第 31 条也规定：“律师担任辩护人的，应当根据事实和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。”

根据《刑事诉讼法》第 35 条和《律师法》第 31 条的规定，辩护人（辩护律师）的责任具体包括以下几个方面：

1. 为犯罪嫌疑人、被告人辩护，首要的是应当依据事实和法律进行，不得捏造事实和歪曲法律。事实是根据，法律是准绳，对辩护人来说都是必须遵循的基本原则。尤其是受委托或指定的辩护律师，在履行职责过程中，不得帮助犯罪嫌疑人、被告人编造口供，串供，伪造、毁灭证据或者威胁、引诱证人提供不实证据。辩护人只有切实依据客观存在的案件事实并遵守现行实体法、程序法的规定，才能提出中肯的辩护意见，才会收到应有的辩护效果。

2. 辩护人的主要职责是提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，以维护其合法权益。

所谓提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪的材料和意见，亦称无罪辩护，主要是指，根据事实和证据证明犯罪嫌疑人、被告人被控事实不是其所为或系诬告、陷害或是错告、举报失实，因而犯罪嫌疑人、被告人根本没有犯罪；犯罪嫌疑人、被告人的行为，情节显著轻微、危害不大，依照法律规定不认为是犯罪；对于犯罪情节轻微的，依照《刑法》规定不需要判处刑罚或者可以免除刑罚，人民检察院可以作出不起诉决定；对于负责侦查的机关经过两次补充侦查的案件，仍然证据不足，不符合起诉的条件，人民检察院可以作出不起诉决定；行为虽然在客观

① 徐静村：《律师辩护有待解决的几个问题》，载陈光中、江伟主编：《诉讼法论丛》，第 1 卷，北京，法律出版社，1998。

上造成了损害结果，但不是出于故意或者过失，而是由不能抗拒或者不能预见的原因所引起的正当防卫行为或紧急避险行为；无刑事责任能力的人，包括不满 14 周岁的人或者精神病人，在不能辨认或是不能控制自己行为的时候造成危害结果的；我国公民在我国领域外的某些犯罪，按照当地的法律不受处罚等。

所谓提出证明犯罪嫌疑人、被告人罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，主要是指提出符合刑法规定的可以或者应当减轻、免除处罚的材料和意见，如《刑法》第 20 条第 2 款规定，正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。当然，也可结合犯罪嫌疑人、被告人的一贯表现、认罪悔罪态度等，提出若干酌定从轻情节的材料和意见。同时，还可针对具体案情，提出对被告人适用缓刑、监外执行等相关的材料和意见。

所谓维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益，即依照法律应当予以维护的权益，不是犯罪嫌疑人、被告人的所有利益，更不是依法予以限制或者剥夺的权益。具有《刑事诉讼法》第 15 条规定的六种情形之一的人不应受到刑事追究，已经追究的，公安、司法机关应撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪，并应对因错误追诉所造成的犯罪嫌疑人、被告人的损失予以赔偿。没有充分证据证明被告人有罪的，应按无罪处理。被告人构成犯罪的，司法机关要做到罪与刑相适应。这些就是犯罪嫌疑人、被告人最根本的权益。除此之外，犯罪嫌疑人、被告人还应享有法律赋予的一系列诉讼权利。总之，辩护人要恪尽职责，维护犯罪嫌疑人、被告人的上述合法权益。

辩护人的职责应该说是多方面的，如为犯罪嫌疑人、被告人提供法律上的帮助，解答其提出的法律问题，讲解其在刑事诉讼中的权利、义务，为被告人代写法律文书；维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利，如维护其申请回避权、辩护权、上诉权，对侵犯其诉讼权利的行为提出纠正的要求或向有关部门提出控告；结合办案，进行法制宣传、教育，充分发挥辩护人参加诉讼的社会效能，等等。

3. 辩护人只有辩护的职责，没有控诉的义务。实践中，突出的一个问题是，辩护律师在履行职责过程中获悉犯罪嫌疑人、被告人犯有未被指控的其他犯罪，教育其坦白，而犯罪嫌疑人、被告人并不听从辩护人的意见的，辩护人该怎么办？有一种意见认为辩护人应拒绝为其辩护，同时向公安、司法机关进行举报。另一种意见认为应确定辩护律师的“职务秘密”原则，即辩护律师对于在履行职责过程中知悉的不利于被告人的情形，一般情况下有责任保密，而没有举报的义务。但涉及严重危害国家安全、社会公共安全和公民人身权利的案件事实，在动员犯罪嫌疑人、被告人坦白无效的情况下，应当告知公安、司法机关。此问题在国内立法上尚无明确规定，有待进一步探讨。我们同意后一种意见。因为这有助于维护辩护律师的执业形象和人格尊严，而且也与其诉讼职能相一致。

三、辩护的种类

根据《刑事诉讼法》第 32 条、第 34 条的规定，我国辩护制度中辩护的种类有三种：

（一）自行辩护

自行辩护指犯罪嫌疑人、被告人自己针对指控进行反驳、申辩和辩解的行为。犯罪嫌疑人、被告人的自行辩护权贯穿于刑事诉讼始终。根据《刑事诉讼法》第 32 条的规定，犯罪嫌疑人在侦查阶段只能自行辩护；犯罪嫌疑人、被告人在刑事诉讼过程的起诉、审判阶段也都有权自行辩护。自行辩护是目前我国犯罪嫌疑人、被告人进行辩护最重要的途径。

（二）委托辩护

委托辩护指犯罪嫌疑人或者被告人为维护其合法权益，依法委托律师或者其他公民协助其进行辩护。可分三种情形：（1）根据《刑事诉讼法》第 33 条的规定，自诉案件的被告人有权随时委托辩护人，即被告人知道有人向人民法院状告自己后即可委托辩护人，为自己辩护。（2）公诉案件的犯罪嫌疑人自案件移送到人民检察院审查起诉之日起，有权委托辩护人。对于人民检察院直接受理的案件，自人民检察院的刑事侦查部门将该案件移送审查起诉部门之日起，犯罪嫌疑人即有权委托辩护人。对此，犯罪嫌疑人及其法定代理人有权向负责案件侦查的机关或者相关的人民检察院询问有关案件是否侦查终结、是否移送人民检察院审查起诉，相关机关应当如实告知。（3）根据《刑事诉讼法》第 151 条第 2 项的规定，开庭前 10 天被告人未委托辩护人的，人民法院应当告知被告人可以委托辩护人，即被告人有权委托辩护人。

（三）指定辩护

指定辩护指人民法院为因经济困难或者其他原因而无力聘请辩护人的被告人指定承担法律援助义务的律师进行辩护。

我国的指定辩护只适用于审判阶段，被指定的辩护人只能是承担法律援助义务的律师。

被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院应当为其指定辩护人：（1）盲、聋、哑人或者限制行为能力的人；（2）开庭审理时不满 18 周岁的未成年人；（3）可能被判处死刑的人。

被告人没有委托辩护人而具有下列情形之一的，人民法院可以为其指定辩护人：（1）符合当地政府规定的经济困难标准的；（2）本人确无经济来源，其家庭经济状况无法查明的；（3）本人确无经济来源，其家属经多次劝说仍不愿为其承担辩护律师费用的；（4）共同犯罪案件中，其他被告人已委托辩护人的；（5）具有外国国籍的；（6）案件有重大社会影响的；（7）人民法院认为起诉意见和移送的案件证据材料可能影响正确定罪量刑的。

被告人坚持自己行使辩护权，拒绝人民法院指定的辩护人为其辩护的，人民法院应当准许，并记录在案；残疾、未成年或可能被判处死刑而没有委托辩护人的被告人拒绝人民法院为其指定辩护，有正当理由的，人民法院也可准许，但被告人需另行委托辩护人，或者人民法院应当为其另行指定辩护人。

指定辩护是一种强制性规范，即一经人民法院指定，便具有强制辩护的效力，被告人有权拒绝不称职或不合心意的律师辩护，也可以另行要求指定其他辩护律师，但不得拒绝人民法院的依法指定，否则会给诉讼带来难以解决的矛盾。我们认为，通过法律援助的程序为被告人指定辩护，既有利于切实保障辩护的质量，同时也与国际法例相协调。联合国《关于律师作用基本原则》第 6 条规定："任何没有律师的人在司法需要情况下均有权获得按犯罪性质指派给他的一名有经验和能力的律师，以便得到有效的法律协助，如果他无足够力量为此种服务支付费用，可不交费。"

在我国进行辩护的方式分口头辩护与书面辩护两种。随着庭审方式的改革，辩护人应提高口头辩护的能力，以适应法庭辩论的需要。同时也应重视撰写和向人民检察院、人民法院提供书面辩护意见。尤其是在案件需要经检察委员会、审判委员会讨论或内部必要的审批程序的情况下（如涉外案件的审批程序），更应格外重视写好和提供辩护词，从而使得辩护意见能在起诉和审判程序中得到充分重视和采纳。

四、辩护人介入刑事诉讼的时间

《刑事诉讼法》第 33 条规定："公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起三日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理自诉案件之日起三日以内，应当告知被告人有权委托辩护人。"由此可见，《刑事诉讼法》对自诉案件的被告人聘请辩护人无时间限制。然而对公诉案件被告人委托辩护的时间，则作了"自案件移送审查起诉之日起"的限制。这主要是因为审查起诉是人民检察院对侦查机关已经确认的事实及处理意见进行法律评价和事实判断的重要活动。辩护人在此期间介入诉讼，展开活动，一方面可对犯罪嫌疑人作无罪、罪轻、减轻或免除刑事责任的辩护，促使人民检察院在听取辩护人意见的基础上作出起诉与否的正确决定；另一方面，辩护人也可以充分、全面地了解案情，熟悉材料，以做好正式出庭辩护的准备工作。同时，辩护人此时介入诉讼，更可以监督检察机关、公安机关依法行使诉讼职权，纠正非法羁押、刑讯逼供等违法行为，保障犯罪嫌疑人的合法权益，维护国家法制的尊严。另外，针对检察机关依照《刑事诉讼法》第 142 条第 2 款的规定决定不起诉的案件，辩护人可以协助犯罪嫌疑人向检察机关申诉。

此外，根据《刑事诉讼法》第 96 条的规定，犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次

讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询、代理申诉、控告，并为被逮捕的犯罪嫌疑人申请取保候审。为行使上述权利，受托律师有权了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，有权会见在押的犯罪嫌疑人，了解案情。根据《六机关规定》，在侦查阶段，犯罪嫌疑人聘请律师的，可以自己聘请，也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人有聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。若案情或案件性质涉及国家秘密的，犯罪嫌疑人聘请律师需经侦查机关批准，但《律师法》不再要求侦查机关批准。

值得一提的是，根据《律师法》第 33 条的规定，犯罪嫌疑人在侦查阶段还可以申请法律援助，律师根据法律援助的公函即可会见犯罪嫌疑人。根据 2000 年最高人民检察院和司法部共同颁布的《关于在刑事诉讼活动中开展法律援助工作的联合通知》，侦查阶段所有符合条件的犯罪嫌疑人都可以申请法律援助，而不再限制于检察机关受理的案件。根据 2003 年国务院颁布的《法律援助条例》第 15 条，犯罪嫌疑人应向审理案件的人民法院所在地法律援助机构提出申请，犯罪嫌疑人被羁押的，由看守机关代为转交，申请法律援助所需提交的有关证件、证明材料由看守所通知申请人的法定代理人或者近亲属协助提供。

这里需要指出的是，所谓“第一次讯问”，应指立案后对犯罪嫌疑人进行的第一次讯问。因为只有在立案后，犯罪嫌疑人的身份才被确定，侦查机关对其进行的第一次讯问才是对犯罪嫌疑人依法进行的第一次讯问。

第三节　辩护人的权利和义务

一、辩护人的权利

辩护人依法享有诉讼权利和履行诉讼义务是正确开展辩护活动的重要保障。根据《刑事诉讼法》和《律师法》的规定，我国辩护人的权利主要有：

1. 独立辩护权。根据《律师法》的规定，律师依法在刑事诉讼中履行辩护职责，其人身权利和诉讼中的权利不受侵犯。

2. 阅卷权和会见通信权。根据《刑事诉讼法》第 36 条的规定，辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料，同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。在法院审判阶段，辩护律师可以查阅、摘抄、复制“本案所指控的犯罪事实的材料”，可以同在押的被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘

抄、复制“本案所指控的犯罪事实的材料”，可以同在押的被告人会见和通信。修订后的《律师法》对此作了相应的改动。关于会见通信权方面，根据《律师法》第33条，受托律师只能会见犯罪嫌疑人，并借此了解案件情况，不再享有通信权；此外，针对此前实践中受到广泛关注的律师会见因相关部门派人监视监听，使得律师会见权的行使效果大打折扣，无法了解案件情况，本次修改规定律师会见犯罪嫌疑人、被告人不被监听。关于阅卷权，《律师法》第34条规定，受托律师自案件审查起诉之日起有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书及案卷材料；自案件被人民法院受理之日起有权查阅、摘抄和复制与案件有关的所有材料。“本案的诉讼文书”，一般理解应当包括立案决定、采取强制措施的法律文书、通缉令和起诉意见书等。“案卷材料”则是指装入案卷将移送到法院的材料；“与案件有关的所有材料”除了包括诉讼文书和案卷材料外，还包括不准备在诉讼中使用的材料。根据《刑事诉讼法》及其解释的相关规定，检察机关起诉时只向法院提交部分案件材料，因此，这就意味着检察机关有保障律师阅卷权实现的义务。原《刑事诉讼法》限定只有律师有权查阅案卷材料，修正后的《刑事诉讼法》废止了这样的限制。这样的规定为不具有律师身份的辩护人进行辩护提供法律依据，提高其辩护质量，从而切实维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。此次《律师法》是对律师阅卷权的修改，根据《刑事诉讼法》的精神，不具有律师资格的辩护人也应当享有同样的权利。这也符合我国国情，便于犯罪嫌疑人、被告人委托监护人、亲友做辩护人，并使其能切实履行辩护人职责。辩护人不仅可以查阅、摘抄前述相关材料，而且还可以根据需要复制相关材料。这为辩护人经济、便捷地了解有关案情，深入、客观地研究案件材料，更好地履行职责提供了更加有利的条件；对人民检察院认真做好审查起诉工作，也将起到监督、促进作用。

3. 调查取证权。根据《刑事诉讼法》第37条的规定，辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，可以向他们收集与本案有关的材料。其他辩护人没有这项权利。不过，根据《律师法》第35条，律师自行调查取证只需提供律师执业证书和律师事务所的证明即可，无须调查对象的同意。

4. 提出意见权。《刑事诉讼法》第139条规定，人民检察院审查案件，应当听取犯罪嫌疑人委托的人的意见。也就是说，犯罪嫌疑人委托的辩护人在审查起诉阶段就有权为委托人辩护，人民检察院应当听取其辩护意见。

5. 参加法庭调查和法庭辩论权。根据《刑事诉讼法》关于第一审程序的规定，法庭调查阶段，辩护人在公诉人讯问被告人后，经审判长许可，可以向被告人发问（第155条）；经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问（第156条）；法庭审理中，辩护人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘

验（第 159 条）。法庭辩论阶段，辩护人可以对证据和案件情况发表意见并且可以和控方展开辩论（第 160 条、第 175 条、第 176 条）。《律师法》第 36 条规定，律师担任辩护人的，其辩护的权利应当依法保障。

6. 经被告人同意，提出上诉的权利。《刑事诉讼法》第 180 条规定，被告人的辩护人，经被告人同意，可以提出上诉。为此，一审人民法院应及时将判决书送达被告人的辩护人，以防止限制辩护人行使这项权利。

7. 有要求公安、司法机关对采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人解除强制措施的权利。《刑事诉讼法》第 75 条规定："犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施超过法定期限的，有权要求解除强制措施。人民法院、人民检察院或者公安机关对于被采取强制措施超过法定期限的犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放，解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。"

8. 拒绝辩护权。根据《刑事诉讼法》和《律师法》的规定，拒绝辩护的情形有两种：一种是犯罪嫌疑人、被告人拒绝辩护人继续辩护，有关问题已在辩护权的有关论述中论及；另一种拒绝辩护是指辩护人具有法定理由，中途不再为犯罪嫌疑人、被告人辩护的行为。《律师法》第 32 条第 2 款规定："律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝辩护或者代理。但是，委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝辩护或者代理。"

需要指出的是，此次《律师法》的修改对律师执业权利进行了完善，为解决过去实践中长期存在的诉讼权利受限的问题提供了条件，但从目前的实施情况来看，下列问题仍值得关注：（1）律师的会见问题仍难以解决。根据新法的规定，虽然律师只要提交执业证书、律师事务所的证明和委托书或法律援助的公函即可会见犯罪嫌疑人，但许多基层看守部门仍以部门规定为准，拒不执行法律，阻碍律师会见；即使准许会见，过去存在的限制会见次数、时间和干预会见的问题，在新法没有针对性规定的情况下，能否得到顺利解决有待观察。（2）律师阅卷权仍有待细化。此次新法对阅卷的范围有了很大的扩展，但对在审查起诉阶段和审判阶段阅卷的明确范围存有争议，"案卷材料"和"与案件有关的所有材料"的界限不明，目前还没有正式的立法或司法解释，解释空间较大；而此前已存在的阅卷权向谁行使的问题，本次修改没有涉及，检察机关和法院存在争议。（3）审查起诉阶段，人民检察院不依法听取辩护律师的意见。（4）律师根本无法替在押犯罪嫌疑人申办取保候审手续。（5）关于被判刑人申诉时的律师帮助权几乎没有规定。我国刑事诉讼法没有规定被判刑人委托律师权及享有的权利和应承担的义务。根据"两高"的司法解释，人民检察院对原案当事人及其法定代理人、近亲属提出的申诉应当受理；申诉人委托律师代理申诉的，也应当受理。根据《律师法》

第 28 条的规定，律师可以代理各类诉讼案件的申诉。但是，律师接受委托代理刑事申诉后，其诉讼地位、权利与义务均未有明确的规定。（6）律师在场权的模糊。律师在场权是律师行使辩护权的重要保障和重要途径，能给予犯罪嫌疑人心理和法律知识上的支持，在已经进行的部分司法试验中也已取得了较好的效果。[①] 在全程录音录像存在经济困难的情况下，赋予律师在场权，由犯罪嫌疑人自行提供律师在场见证，无疑是种不错的选择。但《律师法》未对此作出直接规定，不过根据其第 33 条的规定，犯罪嫌疑人在讯问时而非讯问后律师即可介入，是否意味着律师在场权的确认，有待观察。（7）更为重要的是，《刑事诉讼法》与《律师法》赋予律师的这些权利因缺乏救济而陷入无所适从的状态。虽然此次《律师法》对《刑事诉讼法》作了较大的改动，增列了不少权利，如律师介入时间的提前、会见更为便利且不被监听、阅卷范围扩大、调查取证更为便捷等，但倘若相对的义务机关和个人不配合，律师仍无能为力，特别是在各部门普遍存在内部规定的制约下，这些权利可能只能起到望梅止渴的作用。对此，我们认为必须依法切实加以纠正，为此，一是公安、司法人员要转变观念，不要将律师视为司法的异己力量，而要把律师看成是诉讼民主与法制的进步力量。二是应建立证据庭前展示制度，检察机关应根据审查起诉阶段和审判阶段的不同要求，将指控犯罪的有关证据材料向辩护人出示，以保障辩护方全面而有效地履行辩护职能，及时发现疑点，纠正起诉中可能存在的错误，提高审判的质量。三是破除内部规定，切实依法办事。一方面，严格依照法律精神和法律规定履行自身义务，避免通过内部规则形式，对抗法律，妨碍律师行使权利；另一方面，应在不妨碍工作的基础上，提供各种便利，协助律师行使权利。四是建立程序性救济制度，为律师权利提供救济。无救济即无权利，律师权利的实现有待于救济制度的完善，具体应包括相应机关和个人不履行义务的法律后果、律师申诉的途径及如何裁判等，要全面贯彻落实国际法的有关最低诉讼标准，进一步完善我国的辩护制度，如控方只能在看得见但听不见的情形下在场，不得直接介入辩方的会见活动等。

二、辩护人的义务

辩护律师或其他辩护人的主要义务是：（1）会见在押犯罪嫌疑人、被告人时，要遵守看管场所的规定；（2）参加法庭审判时要遵守法庭规则；（3）辩护律师和其他辩护人不得帮助犯罪嫌疑人、被告人串供，隐匿、毁灭、伪造证据，不得威胁、引诱证人改变证言或者作伪证，从及进行其他干扰公安、司法机关诉讼活动的行为，否则应当依法追究其法律责任；（4）由于审判方式的，以改革，吸取控辩式诉讼的一些做法，辩护人包括辩护律师应当向法庭出示物证，让当事人辨认；

---

① 参见顾永忠：《关于建立侦查讯问中律师在场制度的尝试与司考》，载《现代法学》，2005（5）。

对于未到庭的证人证言笔录、鉴定人的鉴定结论和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。根据《律师法》第32条、第38条、第40条～第42条的规定，辩护律师还：(1) 不得私自接受委托，私自向委托人收取费用，收受委托人的财物或者其他利益；(2) 不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益，或接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益；(3) 不得违反规定会见法官、检察官或其他工作人员，或向法官、检察官以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件；(4) 不得故意提供虚假证据或者威胁、引诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；(5) 不得干扰法庭秩序，干扰诉讼的正常进行，或煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议；(6) 保守履行辩护人职责时知悉的国家秘密和当事人的商业秘密，不得泄露当事人的隐私，委托人或者其他人准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外；(7) 曾担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后2年内，不得担任辩护人；(8) 必须按照国家规定承担法律援助义务，尽职尽责，为受援人提供法律服务；(9) 无正当理由，不得拒绝辩护。

第四节 刑事诉讼代理

一、刑事诉讼代理概述

刑事诉讼代理是指，代理人接受公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自诉案件的自诉人及其法定代理人，以及附带民事诉讼的当事人及其法定代理人的委托，以被代理人的名义参加诉讼，进行活动，由被代理人承担代理行为法律后果的一项法律制度。

由于代理权限产生的根据不同，刑事诉讼中的代理分为法定代理与委托代理两种。法定代理，是基于法律规定而产生的代理；委托代理，是基于被代理人的委托授权行为而产生的代理。代理产生的根据不同，导致代理人的范围、代理人的权限、代理人在刑事诉讼中的权利与义务等也不同。但代理人的共同点是必须在代理权限范围内进行代理活动。代理人在代理权限内的诉讼行为和法律行为与委托人自己的诉讼行为和法律行为具有同等效力，其法律后果由被代理人承担。

根据《刑事诉讼法》第41条的规定，下列人员可以被委托为诉讼代理人：(1) 律师；(2) 人民团体或者被害人、自诉人、附带民事诉讼的当事人所在单位推荐的人；(3) 被害人、自诉人、附带民事诉讼的当事人的监护人、亲友。

《刑事诉讼法》、《律师法》和最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安

部《关于律师参加诉讼的几项具体规定的联合通知》、《关于律师参加诉讼的几项补充规定》及《六机关规定》对刑事诉讼委托代理，主要是律师代理也作了规定。

关于刑事诉讼法定代理（主要是法定代理人，法定代理人的权利、义务），本书有关章节已有述及，这里不再赘述。而委托代理，既可以委托律师代理，也可以委托其他公民代理。本节重点在于阐述律师代理。所谓律师代理，是指律师在刑事诉讼中，接受被代理人的委托，以被代理人的名义在代理权限内实施代理行为的诉讼制度，分为自诉案件中自诉人的代理、公诉案件中被害人的代理和附带民事诉讼当事人的代理。

委托律师代理的特点是，代理权是基于委托人委托的意思表示而产生；代理的权限范围由委托人决定；代理人参加诉讼时，必须向受诉人民法院提交授权委托书和律师事务所证明律师身份的信函。

委托律师代理的权限范围分为一般委托代理和特别授权代理。于前者，代理人只能代理被代理人进行诉讼行为，无权处分其实体权利；于后者，代理人除代理被代理人进行诉讼外，可以根据被代理人的特别授权内容，代为处分其相关的实体权利。

委托人有权改变授权内容或者解除代理权，代理人也可依法辞去代理，从而导致代理权的变更或解除。《律师法》第 32 条规定，委托人可以拒绝律师为其继续代理，也可以另行委托律师担任代理人。律师接受委托后，无正当理由的，不得拒绝代理，但委托事项违法，委托人利用律师提供的服务从事违法活动，或者委托人隐瞒与案件有关的重要事实的，律师有权拒绝代理。代理权的变更或解除，应当及时用书面形式通知人民法院。诉讼期间，委托人要求解除代理后另行委托的，应当允许，但案件经过合议，已经作出处理决定的，一般不宜再变更委托。案件终止或者被委托人丧失诉讼行为能力或者死亡的，代理人自行丧失代理权。

律师代理制度有利于维护自诉人、公诉案件被害人、附带民事诉讼当事人的诉讼权利；有利于公安、司法机关严格遵守诉讼程序，及时查明事实，分清是非，正确适用法律，公正处理案件，进而有利于宣传社会主义法制，提高公民的社会主义法律意识。

二、自诉案件中的代理

自诉案件中的代理，指在刑事自诉案件中，律师接受自诉人及其法定代理人的委托作为代理人参加诉讼。《刑事诉讼法》第 40 条规定，自诉案件的自诉人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起 3 日以内，应当告知自诉人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。这里，法定代理人委托诉讼代理人，应当是为自诉人委托诉讼代理人，不是为自己委托诉讼代理人。自诉人及其法定代理人在法院立案前就可委托律师做诉讼代理人，包括向法院呈递列明代理人姓名的刑事自诉状；被告人在接到自诉人的诉状后，委托辩护律师

的过程中，如果提起反诉，可以同时委托该辩护律师兼做诉讼代理人并办理委托代理手续，辩护、代理委托书均应递交人民法院。被告人在法庭审理中提起反诉并要其辩护律师兼做诉讼代理人的，反诉是否成立要待法庭决定，辩护律师是否接受委托及接受委托的法律手续、代理准备工作等都需要研究、准备，因此，在出现这种情况时，法庭应宣布延期审理。同理，自诉人在法庭上被被告人提起反诉，自诉人可以委托代理律师兼做辩护人，是否接受委托要由受委托律师决定，即便接受委托，也要办理相应的法律手续，做好辩护的准备工作，因此，也宜请求法庭延期审理。

自诉案件中代理律师的诉讼权利主要是：经授权一般代理后，有纠正委托人起诉事实的权利，不能同意无根据的起诉事实和无法律依据的诉讼主张。可以代自诉人向人民法院提起诉讼（包括拟写诉状）。根据《律师法》第 34 条的规定，代理律师可以到法院查阅人民检察院不起诉、被害人起诉后人民检察院移送给人民法院的，或由当事人直接交给法院的所有与案件有关的材料；第 35 条规定，代理律师可以申请法院收集调取证据，或申请法院通知证人出庭，也可以持律师事务所证明和律师执业证书，向有关单位和个人调查与承办案件有关的情况，相关单位和个人应当予以配合。人民法院开庭审理时，代理律师有应法院的通知到庭履行职务的义务；经自诉人授权，有权代委托人依法申请法庭组成人员、书记员等回避；在法庭审理中于审判人员讯问被告人后，经审判长许可，可以向被告人发问，可以申请审判长对证人、鉴定人等发问或者经审判长许可直接发问，申请通知新的证人到庭、调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验；法庭调查后，有权发言（发表代理词），并且可以和被告方展开辩论（《律师法》第 30 条规定，律师担任诉讼代理人的，其辩论的权利应当依法保障）；有权代自诉人阅读审判笔录，如认为有错误或遗漏，有权请求补充或改正；对司法工作人员非法剥夺自诉人诉讼权利和人身侮辱等侵权行为，有权提出控告。

由于对自诉案件人民法院可以进行调解，自诉人在宣告判决前，可以同被告人自行和解或者撤回起诉。这些都涉及处分自诉人的实体权利问题，代理律师不经委托人特别授权无权代理。因此，代理人除代理被代理人进行诉讼外，要经被代理人特别授权，才能代为承认、放弃或者变更诉讼请求，进行和解，提起反诉等。

自诉案件代理律师也需履行自己的诉讼义务，除辩护律师的性质和地位决定的部分特有义务外，其余的义务代理律师也应履行。此外还有一些专属于代理律师的义务：应按人民法院的通知及时到庭依法履行职务，不得借故妨碍诉讼的正常进行；依法出庭履行职务时，应严格遵守法庭的规则和秩序，严格遵守和执行法律规定的程序；协助自诉人（包括提起反诉的被告人）担负举证义务；对于人民法院已经生效的判决、裁定或者调解协议，代理律师认为是正确的，则有义务教育委托人认真遵守、执行；应当在委托人授权范围内办理委托事务，维护委托

人的合法权益；不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，也不得代理与本人或者近亲属有利益冲突的法律事务；履行《律师法》规定的其他义务。

三、公诉案件中的代理

公诉案件中的代理，指律师接受公诉案件中被害人及其法定代理人或者近亲属的委托，担任诉讼代理人的活动。这里的诉讼，既包括人民检察院提起公诉阶段的活动，也包括人民法院的审判活动。

《刑事诉讼法》第 40 条规定，公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起 3 日以内，应当告知被害人及其法定代理人或者其近亲属有权委托诉讼代理人。第 41 条规定，委托诉讼代理人，参照本法第 32 条的规定执行。

上述法律规定说明：(1) 公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，在该案发生后即可向负责该案侦查的机关控告、举报犯罪，协助公安、司法机关揭露、证实犯罪；该案的被害人及其法定代理人或者近亲属即可以提起附带民事诉讼，以维护被害人的合法权益，但是，他们若委托诉讼代理人为上述诉讼行为，则只能在案件侦查终结并移送人民检察院审查起诉之日起进行。这样的限制，有利于侦查机关客观地侦查、处理案件，防止不必要的干扰、影响。(2) 法律只规定了委托诉讼代理人的起始时限，并未规定终止时限。这是因为，审查起诉阶段未委托代理人的，在同一案件的一审或二审程序中，依然可以委托诉讼代理人参加诉讼。案件一经审结，代理人的代理权即告终结。但是，被害人及其法定代理人、近亲属对生效裁判不服的，仍然有权委托律师代理申诉。(3) 人民检察院有告知被害人及其法定代理人或者近亲属有权委托诉讼代理人的义务，其告知的最长期限是自收到移送审查起诉的案件材料之日起的 3 日以内，超过这一期限未予告知的，构成程序违法。(4) 代理人的范围同辩护人的范围相同。其中主要是律师做代理人。(5) 公诉案件中，被害人及其法定代理人或者近亲属委托的诉讼代理人，应当是被害人的诉讼代理人，不是被害人法定代理人或其近亲属的代理人。(6) 公诉案件中被害人的诉讼代理人与自诉案件中自诉人的诉讼代理人不同，只能行使控诉职能，不得兼做辩护人、行使辩护职能。

公诉案件中被害人的诉讼代理人，根据委托人的一般授权，行使诉讼中的权利并履行相应义务。其权利主要是：有权代理委托人向公安、司法机关控告犯罪；可以收集、查阅与本案有关的材料；对于人民检察院决定不起诉的案件，被害人如果不服，其诉讼代理人有权在被害人收到不起诉决定书后的 7 日以内，代其向人民检察院提出申诉，也可经被害人授权代被害人向人民法院提起自诉；在法庭审理阶段，经审判长的同意，可以向被告人、证人发问，可以参加法庭辩论等。

四、附带民事诉讼中的代理

附带民事诉讼中的代理，是指接受附带民事诉讼当事人及其法定代理人的委托，以诉讼代理人的身份进行的活动，是刑事自诉案件中诉讼代理与公诉案件中诉讼代理的重要组成部分。

《刑事诉讼法》第40条规定：公诉案件附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。自诉案件附带民事诉讼的当事人及其法定代理人，有权随时委托诉讼代理人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，应当告知附带民事诉讼当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起3日以内，应当告知附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。《刑事诉讼法》第41条规定：委托诉讼代理人，参照本法第32条的规定执行。

以上规定说明：(1) 无论是公诉案件还是自诉案件，附带民事诉讼的当事人及其法定代理人都有权依法委托诉讼代理人，以维护委托方的合法权益。附带民事诉讼的当事人是指附带民事诉讼原告、被告。附带民事诉讼的原告是指在刑事诉讼中因被告人的犯罪行为而遭受物质损失，并在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼的人，既可以是被害人（包括被害法人），也可以是死亡的被害人的近亲属或者因治疗、安葬被害人而受到物质损失的单位、个人。人民检察院在提起公诉的同时有权提起附带民事诉讼，但不是附带民事诉讼的原告。附带民事诉讼的被告，是指在刑事诉讼中受到附带民事诉讼的原告或人民检察院的控告，应对因其犯罪行为遭受物质损失的人负有赔偿责任的人，通常是同一案件的刑事被告人，在特殊情况下，也可以是对刑事被告人的行为负赔偿责任的机关、团体。(2) 刑事案件一经发生，该案的被害人及其法定代理人以及其他有权提起附带民事诉讼的人即可以附带民事诉讼原告或其法定代理人的身份提起附带民事诉讼，但是在公诉案件中，他们若以附带民事诉讼当事人或其法定代理人的身份委托诉讼代理人，则只能在案件侦查终结并移送人民检察院审查起诉之日起进行。自诉案件由于不涉及侦查、预审，附带民事诉讼当事人及其法定代理人可以随时委托诉讼代理人。(3) 人民检察院、人民法院有告知附带民事诉讼当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人的义务。告知的最长期限分别是收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内，受理自诉案件之日起3日以内。(4) 接受委托担任附带民事诉讼的诉讼代理人的，可以是当事人的监护人、亲友或者所在单位推荐的人，主要的还是律师。

自诉人、被害人及其法定代理人委托的诉讼代理人，特别是代理律师，在其同时提起附带民事诉讼时，可以兼做附带民事诉讼原告的代理律师。而刑事被告人或对被告人负有赔偿责任的机关、团体，或者法定代理人作为附带民事诉讼被告的，可以委托原被告人的辩护律师作为诉讼代理人，但要征得该律师的同意，

并应另行办理有关法律手续。

附带民事诉讼当事人的诉讼代理，分一般代理和特别授权代理。特别授权代理，要在授权委托书中注明授权内容，如授权代理律师代为承认、放弃或者变更诉讼请求，进行和解、调解等。委托书、特别授权委托书应由委托人签字后送交受案的人民法院。代理律师要在授权范围内进行活动，超越代理权限的行为是无效的。附带民事诉讼的代理律师，应当有权参与刑事案件的审理以便了解附带民事诉讼是否成立及民事赔偿的合理数额等。实践中，个别法院不允许代理律师参与该案刑事部分的审理，尤其在刑事部分审理前就要求代理律师动员被告人与附带民事诉讼原告解决民事赔偿的做法，是违反刑事附带民事诉讼案件审理的基本原则的。

附带民事诉讼中的诉讼代理，实质是民事诉讼代理制度的移植，代理律师享有民事诉讼法赋予代理律师的权利，也履行相应的义务。有些权利、义务则参见前文“自诉案件中的代理”，以及公诉案件被害人的诉讼代理的有关论述。附带民事诉讼当事人的代理律师，其责任是在授权范围内维护委托方当事人的合法权益。

【问题与思考】

1. 简述辩护权的产生根据。
2. 简述辩护人的诉讼地位和职责。
3. 简述辩护人的权利与义务。
4. 我国辩护种类有哪些？
5. 如何保障辩护人正确行使辩护权？
6. 案例讨论：

[案例一] 2006 年 8 月高某因涉嫌诬告陷害被正式批准逮捕，2007 年 3 月高某的父亲与北京才良律师事务所律师王才良、李金平签署委托书，委托两律师为高某辩护。此后两律师向看守所出示委托辩护书，并要求会见高某；在见面时，高某明确拒绝律师辩护。此前，有关机关或组织已经为高某推荐了三批当地律师，但都被高某拒绝。王才亮律师得知此情况后说，“当事人拒绝律师辩护，我们也爱莫能助”。

问题：

（1）律师何时可以介入刑事公诉案件？享有何种权利？

（2）被羁押的犯罪嫌疑人可以通过何种方式获得辩护？

（3）结合本案，谈谈拒绝辩护权。

［案例二］ 被告人林某与被害人张某素不相识。某年12月13日下午5时，张某在菜市场买菜，发现林某不排队加塞，便将林某拉出队外，并随之发生争吵。林某趁张某不注意踢中其小腹数次。张某当即感觉疼痛，回家后疼痛加剧，经医院诊断为肠穿孔。次日进行外科手术，切除肠管30厘米，并证实系外伤性肠穿孔。于是张某要求追究林某的法律责任。12月20日本案经公安机关侦查终结后移送人民检察院审查起诉。12月25日人民检察院告知张某可以委托诉讼代理人。因张某尚未出院，其堂兄为之委托张某的朋友、邻县公安局干部刘某担任诉讼代理人。此案经人民法院审理，认为林某构成故意伤害罪，遂依法判处被告人林某拘役5个月，赔偿张某经济损失1万元。

问题：本案在委托刑事诉讼代理人方面有无不妥之处？

第八章 刑事证据

第一节 证据概述
- 一、证据的概念
- 二、证据的特征
- 三、刑事证据的证明力与证据能力
- 四、证据法的基本原则

第二节 刑事诉讼证据的种类
- 一、物证、书证
- 二、证人证言
- 三、被害人陈述
- 四、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解
- 五、鉴定结论
- 六、勘验、检查笔录
- 七、视听资料

第三节 证据的分类
- 一、原始证据与传来证据
- 二、言词证据与实物证据
- 三、有罪证据与无罪证据
- 四、直接证据与间接证据

第四节 刑事诉讼证明
- 一、证明对象
- 二、证明责任与举证责任
- 三、证明标准

第五节 证据规则
一、非法证据排除规则
二、口供自愿性规则与口供补强规则
三、最佳证据规则
四、传闻证据规则
五、意见证据规则
六、推定和司法认知

本章概要

证据是刑事诉讼的灵魂，其两大特征为客观性和关联性。我国刑事诉讼法规定了七种证据。依据不同的标准，学理上将证据分为原始证据与传来证据、言词证据与实物证据、有罪证据与无罪证据、直接证据和间接证据。凡是与被追诉人的刑事责任有关的需要证明的事实，皆为证明对象。证明标准则指证明案件事实达到的程度，具有阶段性和相对性。在证明过程中，解决证据是否“合格”及证明力问题而遵循的证据运用取舍规则为证明规则。

关键术语

证据种类　证据分类　直接证据　原始证据　实物证据　证明责任　证明标准

第一节　证据概述

一、证据的概念

认定事实，必须是根据具有证据能力的证据，而且只有经过调查之后才能认定构成犯罪核心内容的事实。“事实”的概念，“依据证据”的概念都具有特殊的规范意义。

——【日】田口守一

证据是认定案件事实的依据，是进行诉讼活动的事实基础。可以说证据问题是诉讼活动的中心问题，在很大程度上，刑事诉讼就是围绕证据的收集、审查判断以及运用而展开的活动。

但对什么是证据，即证据的概念，法学界并未形成一致意见。我国《刑事诉讼法》第42条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。"自1979年《刑事诉讼法》开始实施至今，我国关于证据概念的通说即以此为据。持这一观点的学者尽管都坚持证据是事实，但在具体表述上又略有不同，大致有以下几种：第一，证据是以法律规定的形式表现出来的，能够证明案件真实情况的一切事实。① 这种表述强调了证据必须符合法律规定的表现形式。第二，刑事诉讼中的证据是指审判人员、检察人员、侦查人员依照法定程序收集和审查属实的，用以确定或者否定犯罪事实，证明犯罪嫌疑人、被告人是否有罪、罪责轻重的一切事实。② 这种表述强调了证据收集的法定主体和法定程序。第三，刑事诉讼证据是指审判人员、检察人员、侦查人员依法收集的，或者由当事人、辩护人等依法提出的，用以证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重以及其他有关案件真实情况的一切事实。③ 这种观点扩展了收集证据的主体的范围。但无论如何表述，主张事实说的学者都坚持证据一定是真实的，不属实者非证据。

然而，近年来，随着证据理论研究的深入，越来越多的学者对这一概念提出质疑，并从各种不同的角度对证据究竟是什么的问题予以阐释，试图对证据的概念作出准确的界定。对于证据是否一定是真实的，学者们提出了质疑。主要原因在于，现实生活中证据存在真假混杂的情况，证据不仅有真假之分，而且有非法与合法之分，因此证据的内涵和外延是很广泛的，立法关于证据的表述只是从肯定的角度描述了证据的部分外延，作为证据的定义是不准确的。一些学者对证据进行了重新定义。主要有以下几种：第一，根据说。认为证据即证明案件事实的根据。④ 第二，材料说。刑事诉讼证据是可能用来证明案件事实的材料。⑤ 第三，信息说。对于证据，我们既不能称为存在，也不可以称为意识，而应称为信息，或关于案情的信息。⑥ 第四，方法说。证据包括可以被用作证明案件真实情况的事实和证明方法。⑦ 上述定义都有一定的合理性，但只是揭示了证据某一方面的属性或功能。

我们认为，证据是一种实际存在，揭示证据的概念，应从两方面进行。第一，证据与案件的关系，即与案件有关联；第二，证据必须具有一定的表现形式和载体。为此，我们给证据下的定义是，凡是与案件有关联、能够证明案件事实的材

---

① 参见陈光中主编：《刑事诉讼法学（新编）》，148页，北京，中国政法大学出版社，1996。

② 参见程荣斌主编：《刑事诉讼法》，162页，北京，中国人民大学出版社，1999。

③ 参见曹贵乾主编：《刑事诉讼法教程》，122页，北京，警官教育出版社，1998。

④ 参见何家弘：《让证据走下人造的神坛》，载《法学研究》，1999（5）。

⑤ 参见杨连峰主编：《中国刑事诉讼法学》，281页，武汉，武汉大学出版社，1995。

⑥ 参见齐剑侯：《刑事证据基本原理》，50页，长春，吉林人民出版社，1982。

⑦ 参见崔敏、张文清：《刑事诉讼证据理论与实务》，38页，北京，中国人民公安大学出版社，1992。

料都是证据。

在日本，证据是证明的手段，包含两层意思：其一是作为“证据方法”的意思；其二是作为证据资料的意思。证据方法是指成为认定事实资料的场所、物或人；证据资料是指通过证据方法所得到的内容。前者是形式，后者是内容。我们认为，这种对证据的理解是可取的。

二、证据的特征

证据的特征，又称证据的属性，即证据之所以成为证据的基本属性，与证据是否被采纳没有关系。我们认为，证据的特征包括客观性和关联性。至于合法性只是在很大程度上决定证据可否采信作为定案证据的依据，决定的是证据的可采性而不是证据本身。

1. 客观性

证据的客观性，是指证据是外界客观存在的事实，不是主观想象、猜测和捏造的事物。任何犯罪，都是在一定的时间、地点进行的，必然遗留各种痕迹，或者在进行犯罪活动时为人们所目睹、感受。这些可以作为证据的事实，是不依赖于办案人员的意识而客观存在的。办案人员只能收集、利用这些事实作为证据，而不能改变、歪曲这些事实。

强调证据的客观性，有助于揭示案件的事实真相，防止公安、司法人员凭想当然或想象办案，避免主观随意性。

2. 关联性

关联性也称为相关性（relevancy），是指证据必须与诉讼中的待证事实有关，从而具有能够证明待证事实的属性。

关联性是证据的一种客观属性，即证据事实同案件事实之间的联系是客观联系，而不是办案人员的主观想象和强加的联系，它是案件事实作用于客观外界以及有关人员的主观所产生的。证据与案件事实相关联的形式是多种多样的，包括直接关联和间接关联、必然关联与偶然关联、肯定性关联与否定性关联等。关联性使证据对查明案件事实、确定当事人是否犯罪、犯罪情节轻重具有证明力。如某地发生抢劫案，公安机关怀疑是有抢劫前科的甲所为，但甲在发案之时，在单位上班，无作案时间。“甲在单位上班”的事实与发生抢劫案的事实毫无关系，但当公安机关将甲列为犯罪嫌疑人、被告人时，它们之间才有联系。因此，乙关于“甲在单位上班”的陈述（证据），只有在甲被作为犯罪嫌疑人、被告人的条件下，才与案件事实发生联系。

三、刑事证据的证明力与证据能力

证明力是指证据对于待证案件事实的证明作用。证据应当具有客观性。证据与待证事实之间还需具有关联性，与案件事实有实质性联系，具有客观性与关联

性，也就成为证据，从而具有证明力。

刑事证据的证据能力又称为证据资格，是指证据材料在法律上被允许作为证据的资格。某一材料要作为证据，除必须具有证明力外，还必须具有法律上的资格，为法律所容许，即证据应当被依法收集、审查和运用，必须符合法定形式。

四、证据法的基本原则

证据法的基本原则是指运用证据的基本准则，是适用于所有证据的准则。针对刑事证据本身的特点，证据法有四项基本原则。

（一）证据裁判原则

该原则是指法庭只能依据证据认定案件事实，法庭断案必须依赖证据。我们要解决一个问题，即法庭一切活动，最终结论都要围绕证据进行，凭空想象、学理推论不允许作为定案证据。这是现代证据法的基本原则。《日本刑事诉讼法典》第 317 条即规定了"证据裁判主义"："认定事实，应当依据证据。"

（二）合法性原则

在过去相当长时间内，人们对于合法性是否是证据的一个特征持有不同看法。证据两性说认为证据具有客观性和相关性；证据三性说认为证据除具有客观性、相关性外，还具有合法性。两性说认为证据合法与否和证据本质特征无关，是人们在使用证据过程中给其加上的一个特征，证据本身无须具有合法性。证据是否具有合法性与证据的可采性直接关联，即合法性是证据获得证据能力的基本条件。原则上，证据只有具有合法性，才具有证据能力。

合法性是指证据的形式、收集、出示和查证，都由法律予以规范和调整；作为定案根据的证据，必须为法律所容许。在我国刑事诉讼中，规范和调整证据的法律规范，主要包括以下内容：

1. 证据应当依法定程序收集。《刑事诉讼法》第 43 条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。"第 37 条规定，辩护律师向被害人收集与本案有关的材料，要经人民检察院或者人民法院许可，并且经被害人同意，等等。《刑事诉讼法》具体规定了讯问犯罪嫌疑人、被告人和询问证人，以及勘验、检查、搜查，扣押物证、书证，侦查实验等侦查取证行为的程序，收集证据应当符合这些法定程序。

《高法解释》第 61 条规定："严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。"《检察院规则》第 265 条也规定，以刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言不能作为指控犯罪的根据。据此，确系以刑讯等非法手段收集的上述证据，应当予以排除。

2. 证据必须具有法定形式，具有合法的来源。《刑事诉讼法》规定证据有七种形式。法律之所以要对证据的表现形式作明确规定，是为了保障证据的实质内容的客观性。不属于这些法定证据形式的，不得采纳为证据。为保证证据形式的合法性，证据来源必须合法。例如，证人证言必须出自合格的证人；犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解必须由犯罪嫌疑人、被告人本人作出；讯问笔录应当由犯罪嫌疑人、被告人签名或者盖章；对精神病的鉴定必须由省级人民政府指定的医院进行，等等。

3. 证据必须经法定程序查证属实。依照法律，证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方询问、质证；物证必须当庭出示，让当事人辨认；未到庭的证人的证言笔录、鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读，听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。

法庭上，对证据合法性的举证责任是个重要的问题。一般而言，当事人及其辩护人、诉讼代理人提出公安机关、检察机关收集证据违反法律规定，应当提供必要的证明。但是，由当事人提供证据往往比较困难，为此，各国一般规定由控方承担举证责任，即法庭认为警察、检察机关可能存在收集证据违法的情形时，要求警察、检察机关对其收集证据程序的合法性提供证明，由警察、检察机关承担证明其收集证据程序合法的举证责任。因为刑讯逼供的被控方最了解当时的情况，处于举证的便利地位，让其承担举证责任有利于查明事实真相。另外，法律明确规定由执法人员对刑讯逼供的指控承担举证责任，可以对执法人员形成更为有力的行为约束力量。面对不利的后果，执法人员在讯问等执法活动中就会更加小心谨慎，并且准备好没有刑讯逼供的证据。而要做到这一点，最好的办法就是严格依照法定的程序去收集证据。

（三）直接言词原则

直接言词原则，是指审判人员在审理案件过程中，应直接审查所有的证据，听取证人、被害人、鉴定人的陈述。该原则包括言词原则与直接原则两项内容。言词原则，即证人、被害人、鉴定人等应当以言词形式在法庭上提供口头的陈述，有关书面材料或记录不得作为定案根据，但法律另有规定的除外。这是必须强调的一个原则，是控辩式诉讼必须具有的基本原则。控辩式庭审方式强调控、辩双方在法庭上的对抗、法官居中裁判，对案件提出证据的表述必须在法庭上以口头陈述表现出来。该原则要求法官、当事人和其他诉讼参与人均须到庭，法庭调查应以口头方式进行。该原则体现了司法的亲历性，即法官判案必须亲自出庭，亲自听取案件证据展示；亲历性还强调证人、被害人、鉴定人的出庭，要求陈述事实的人到法庭给法官亲自讲明情况，反对书面材料。直接原则，指审判人员在审理案件过程中，应直接审查所有的证据，听取证人、被害人、鉴定人的陈述。这个原则还有审理不间断的含义。

直接言词原则的贯彻，不仅针对当事人以及证人，同时亦针对侦查人员，鉴

定人，勘验、检查笔录制作人等诉讼参与人。过去，侦查人员，鉴定人，勘验、检查笔录制作人几乎无人出庭作证或作出必要的说明并接受询问，法庭往往只是宣读有关的书面材料作为证据，在存在疑问时，难以真正查清这些证据的真伪。这和直接原则是相悖的。贯彻该项原则，要求他们出庭接受控、辩双方的质证。

鉴定人出庭对其鉴定结论的作出依据及过程予以解释、说明，接受控、辩双方的询问与反询问，以考察其结论的准确性，是控辩式庭审方式的内在要求，也是实现公正审判的根本条件。由于鉴定体系多重存在，加之鉴定人的道德品质、业务素质良莠不齐，致使鉴定结论的真实性、科学性难以判定。而在司法实践中，鉴定人极少出庭，鉴定结论因而无法得到质证，往往因一方申请重新鉴定导致延期审理，妨害了庭审的顺利进行，损害了司法的尊严与公正。必须建立与完善鉴定人出庭制度。

而随着控辩式庭审方式改革的推进，侦查人员作为控方的证人出庭作证也应制度化。侦查人员出庭接受控、辩双方的询问与反询问是对其侦查活动合法性的检验，是被告人应当享有的权利，也是改造传统强职权主义诉讼模式，实现诉讼模式科学化、民主化，防止侦、诉成为“两张皮”的重要措施。侦查人员应将其收集证据的过程特别是讯问犯罪嫌疑人以及勘验、检查与搜查、扣押的过程，作出适当的记录或保全，以待在法庭上接受辩护方的质证以及法庭的合法性审查。而实践中，侦查人员由于种种原因拒绝出庭。针对原因找解决的办法：其一，随着庭审方式的改革，公安机关的侦查工作必须服务于检察机关的公诉工作。其二，侦查的根本目的是将被告人送上法庭，侦查只是其中的第一步，而出庭作证是其工作的延续。其三，出庭作证不是什么丢身份的事情，需要观念上的转变，放下架子，在侦查一线办案是树立自身形象，在法庭上同样是树立自己的形象。

侦查人员作为取证主体，当辩护方对其取证的合法性以及真实性有异议时，只有其出庭接受控、辩双方的询问与反询问才能确认，因此，侦查人员出庭作证是实现有效追诉的重要条件。而侦查人员出庭接受辩护方的质证，是诉讼科学化的要求，是诉讼民主化的体现，也是改造我国传统诉讼模式，依法制权，防止权力滥用的必要手段。《检察院规则》第 343 条规定，公诉人对于搜查、勘验、检查等侦查活动中形成的笔录存在争议，需要负责侦查的人员以及搜查、勘验、检查等活动的见证人出庭陈述有关情况的，可以建议合议庭通知其出庭。这些规则都旨在保证法庭审理真正发挥作用。对此，应规定为，由侦查人员主动配合检察机关，如检察机关需要其出庭，应通知侦查人员，侦查人员应出庭为控方作证。侦查人员出庭作证的情形包括：侦查人员直接了解案件情况的，应当作为证人出庭作证。对证据收集过程的合法性有疑问时，侦查人员应当作为证人出庭作证。侦查人员作证，除法律有特别规定的以外，适用证人的有关规定。需要侦查人员出庭作证的，由公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人向法庭提供名单，由法庭通知侦查人员。

（四）质证原则

质证原则是指作为定案根据的证据必须经过法庭上的质证。贯彻审判中心主义，要求所有证据都要当庭出示、当庭质证，未经法庭质证的证据不能作为定案的证据。当然，法律有特别规定的除外。对证据进行质证，既是诉讼双方的权利，也是保证证据可采性以及裁判质量的前提。

第二节 刑事诉讼证据的种类

证据的种类是刑事诉讼法根据证据的表现形式对证据所作的分类。我国《刑事诉讼法》第42条规定："证明案件真实情况的一切事实，都是证据。证据有下列七种：（一）物证、书证；（二）证人证言；（三）被害人陈述；（四）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；（五）鉴定结论；（六）勘验、检查笔录；（七）视听资料。"由此可见，我国刑事诉讼法将证据规定为七类。

一、物证、书证

（一）物证

1. 物证的概念和特点

物证是指以其外部特征、存在状况和物质属性证明案件事实情况的一切物品和痕迹。物证在刑事诉讼中运用最为广泛，其表现形式是多种多样的：可以是有生物，也可以是无生物；可以是物品，也可以是各种物质痕迹。

物证是以其本身所具有的物质特征来证明案件真实情况的，这是物证区别于其他证据的特征。物质特征分为内部特征和外部特征，内部特征包括物理结构、化学成分、本质属性等，外部特征包括形状、数量、重量、存在的位置等。物证可以其上述任何一个或数个物质特征来证明案件事实情况。

2. 物证的作用

几乎每个刑事案件都有物证。物证除具有独立的证明作用外，还有以下作用：

（1）物证是侦破案件的线索和向导。司法实践中，很多案件的侦查都是从某一物证，比如一具尸体、一摊血迹、一行脚印开始的。同时，根据某些物证，可以判断作案人的身份特征，有助于缩小侦查范围，发现犯罪嫌疑人。

（2）物证是鉴别其他证据尤其是言词证据真伪的有力手段。物证具有相对的稳定性，其对案件的证明作用不易受到人们主观因素的影响。因此，其他证据是否具有客观性，是否符合案件的实际情况，往往需要用物证加以鉴别。

（二）书证

书证是以文字、图画、符号所记载的内容证明案件事实情况的书面材料或其他物品。如，贪污案件中伪造的账本、单据；犯罪分子有关犯罪动机和犯罪过程的日记；诬告、陷害案件中犯罪嫌疑人、被告人提交给公安、司法机关的诬告信等。

司法实践中，书证的载体多是纸张，但也有竹、木、金、石、布、革等物品。不论书证书写或刻画于何种物品上，凡是以其记载的内容证明案件真实情况的，都是书证。相反，有些书面材料不以其记载的内容，而以其存在的位置来证明案件事实，如犯罪嫌疑人、被告人书写的信件遗留在犯罪现场，信件的内容与案件无关，只以其存在的位置说明他可能到过犯罪现场，则属物证而非书证。

（三）物证与书证的异同

物证、书证的相同点有二：（1）物证、书证都是以物质形式表现出来的证据，同属于实物证据。（2）在某些情况下，物证、书证可以有同一个载体。例如，贪污案件中犯罪分子涂改的单据或账册，如以其涂改后的内容证明犯罪分子贪污数额的，它是书证；如以其笔迹（痕迹）特征证明此项涂改系某犯罪嫌疑人、被告人所为，它又是物证。

物证与书证的区别在于：（1）物证是以其物质特征来证明案件事实，书证则以其记载的内容来证明案件事实，二者的证明方法不同。（2）在某些情况下，书证可以直接证明案件主要事实（例如，犯罪分子作案后写的记载犯罪活动的日记等），是直接证据；而物证无论在何时均不能直接证明案件主要事实，它只能是间接证据。

二、证人证言

（一）证人的条件

证人证言是指证人就其所了解的案件情况向有关机关和人员所作的陈述。

证人必须具备一定的条件。从我国刑事诉讼法的规定来看，证人应当具备以下条件：（1）证人是在诉讼活动开始前便了解案件情况的人。证人是以了解案件情况为基本特征的，如果不了解案件情况，或者是在诉讼过程中通过诉讼活动才了解案件情况的，都不能作证人。反之，凡是在诉讼开始前就了解案件情况的人，都应当作证人，履行作证的义务，而不能让他担任本案的侦查、检察、审判人员，或者鉴定人、翻译人员、书记员和辩护人、代理人。这是由证人具有不可替代性和不可指定性的特点所决定的。（2）证人必须是能够辨别是非，能够正确表达的人。《刑事诉讼法》第 48 条第 2 款规定：“生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非、不能正确表达的人，不能作证人。”一方面，如果因生理上、精神上有缺陷或者年幼，以致不能辨别是非，不能正确表达，就不能向公安、司法机关提供对查清案件事实有意义的情况，当然就不能作为证人。另一方面，虽然生理上、精神上有缺陷或者年幼，但能够辨别是非并能够将自己所了解的案件情况准确表述，如盲人讲述听到的情况，聋人讲述看到的情况等，都应认为具有作证的能力，依法都可以作为证人提供证言。可见，能够“辨别是非”和“正确表达”是取得证人资格的必要条件，而“生理上、精神上有缺陷或者年幼”则是丧失证人资格的相对条件。（3）证人是自然人。这是由于只有自然人才能运用自己的感官感知

案件事实，单位、团体没有这种感知能力。同时，证人作证应当承担法律赋予的义务，故意提供虚假证言应当承担法律责任，构成犯罪的要予以刑事处罚，而单位、团体不具备伪证罪的刑事责任能力。因此，证人应限于自然人。

在我国，刑事被害人、犯罪嫌疑人、刑事被告人对案件事实所作的陈述，以及具有专门知识或技能的专家就案件中某一专门问题进行鉴定后得出的结论，都是独立的证据。而在英美法系国家，这些都属于证人证言的范畴，被害人、被告人、鉴定人作证，都适用关于证人的规则。

（二）证人出庭作证

证人证言是一种重要的证据，尤其是目击证人的证言，具有直接证明案件事实的作用。证人原则上必须出庭、接受质证，这既是被告人应享有的权利，也是保证证人证言真实性、确保案件质量的重要条件。

根据美国证据理论，证人出庭作证的意义有二：（1）法官既可听其言词，亦可观其神情，有助于判断证人证言真实性；（2）证人证言尤其是证明被告人有罪的证言，须经过反询问才有效。在美国，对证人交叉询问的规则被视为考查证言可信性、真实性最可靠、最有效的方法，是对抗式诉讼的关键。

我国控辩式庭审方式要求以庭审为中心，要求控、辩双方当庭举证、质证，而证人原则上应当出庭提供证言，接受来自控、辩双方的询问与反询问。我国《刑事诉讼法》第47条规定："证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人、辩护人双方讯问、质证，听取各方证人的证言并且经过查实以后，才能作为定案的根据。法庭查明证人有意作伪证或者隐匿罪证的时候，应当依法处理。"然而，在司法实践中，证人出庭作证率极低，绝大多数案件没有证人出庭作证，而是仅提供书面证言。由于证人不出庭，对其证言的质证便难以充分进行，而有的证人则向控、辩双方提供了相互矛盾的书面证言，使法庭无法辨别其证言之真伪，妨碍了审判的顺利进行，拖延了法庭审判的时间。因此，完善证人出庭作证制度，保证审判的质量与效率，已成为审判方式改革中的一个重大课题。

目前，刑事诉讼中证人出庭率低，有多方面的原因：（1）证人的法律意识与作证意识不强。有些证人法律意识淡漠，"事不关己，高高挂起"，怕作证得罪人或者耽误工作、影响生活，往往以没看见、记不清为由搪塞。（2）证人的法律责任不明确。法律只规定证人作证的义务，但未规定不履行作证义务以及不出庭作证的法律责任。有些国家则规定了"蔑视法庭罪"以惩戒拒不作证的证人。（3）证人的权利保护不足。证人有作证的义务，国家应有补偿其物质损失的义务。对于证人出庭作证所需的费用，包括差旅费、食宿费、误工补偿费，目前没有任何予以补偿的法律规定。（4）证人及其近亲属的人身安全得不到有效保障。《刑事诉讼法》第49条规定："人民法院、人民检察院和公安机关应当保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。"但是，

实践中对证人及其近亲属安全保护的力度不够，证人遭打击报复的事例屡见不鲜，使得证人出庭作证心有余悸。证人有作证的法律义务，但国家应有保护其安全的义务，以及对因保护不力致使证人及其近亲属遭到报复所受损害负有补偿的义务。（5）有些法官对证人出庭的意识不强，积极性不高。有些法官对证人出庭作证不积极，不愿让证人出庭，认为证人出庭太麻烦，会降低诉讼效率。这与目前法院人均办案任务有关。有些法官谈到证人出庭可能会影响法官的工作效率。比如，一个法官在一个工作日内也许可以审理两个案件，但如果一定要求证人出庭，一天也许审不了一件案子。因此，有的法官认为，证人出庭有出庭的好处，这是法律的进步；同时，证人不出庭也有不出庭的方便，利用控、辩双方没有实质性争议的书面证词，比利用证人出庭更方便和节省时间。但证人不出庭的消极影响也是法官必须面对的，因为关键证人不出庭，无以核实证据，难以保证案件的质量。

关于证人特权规则

刑事诉讼活动不仅仅是发现真实（truth finding）的过程，更重要的是一种价值选择的过程。在追求发现真实、打击犯罪的价值目标的同时，也要顾及其他一些价值和利益。因为，从国家和社会长期稳定繁荣的角度看，保护这些利益和价值可能比发现真实、打击犯罪更为重要。

诉讼活动中的特权规则旨在保护一些特定的社会关系，如：夫妻、亲属之间的婚姻家庭关系，律师与委托人之间以及医生与病人之间的互信关系等。家庭成员之间互相作证，会对家庭关系产生破坏，对社会最为基本的构成即家庭的稳定构成威胁。而律师与委托人之间的信任关系，是律师制度存在的基础与充分发挥作用的前提，是法治国家的根基。我国法律虽规定律师有保守职业秘密与委托人隐私的义务，但尚无律师享有对委托人的委托事项拒绝作证的特权的规定。医生能否保守职业秘密也涉及其与病人之间能否建立信任关系，而医、患之间的关系对于人类的自身生存具有重要影响。很多国家规定，涉及这些特殊关系时，夫妻、家庭成员之间以及律师、医生有权对特定事项拒绝作证。有了特权规则的保护，这些特定的关系和价值就不会受到国家追诉犯罪活动的破坏，更有利于维护国家的统治和社会的长治久安。事实上，即便要求这些人作证，其真实性也难以保证，因为在这种情况下，甄别证据真伪比较困难，尤其是在没有旁证的时候。在这种意义上讲，免证特权的确立，是利大于弊的。

我国现行刑事诉讼立法以及相关司法解释未有关于证人特权规则的规定。理论界已有这方面的探讨，试图建立适合中国国情的免证权制度。应深入研究，尽快制定我国的免证权制度。当然，有关特权规则的建立

还取决于人们诉讼观念的更新，同样需要学理界长期不懈的努力。

三、被害人陈述

被害人陈述，是指被害人就自己遭受犯罪行为侵害的事实与所了解的犯罪嫌疑人的情况向有关机关和人员所作的陈述。被害人陈述，既包括公诉案件被害人所作的陈述，也包括自诉案件中作为自诉人的被害人和刑事附带民事诉讼中作为附带民事诉讼原告的被害人关于案件事实的陈述。

被害人陈述的内容一般有两个方面：其一是关于遭受犯罪侵害情况的叙述；其二是对犯罪嫌疑人的控告、揭发。其中，有的被害人能够明确指控谁是犯罪嫌疑人，有的仅能提供查获犯罪嫌疑人的线索，有的被害人则对犯罪嫌疑人一无所知。除此之外，被害人在诉讼中还可能提出如何惩罚犯罪人的要求或者关于损害赔偿的请求等，此类请求均与查清案件事实无关，不能作为诉讼证据。

在西方各国、日本以及我国港、澳、台地区，一般均把被害人陈述作为证人证言。实际上，被害人陈述与证人证言并不完全相同，这是由被害人与证人和犯罪的不同关系、不同的心理状态以及在诉讼中的不同地位所决定的。被害人陈述与证人证言的区别集中表现为以下两点：

一是陈述主体与诉讼结果的关系不同。被害人陈述是受到犯罪行为直接侵害的人将其遭受犯罪行为侵害的情况向有关机关和人员所作的陈述，而证人证言是由未受到犯罪行为直接侵害的第三者向有关机关和人员提供所了解的案件情况。被害人与诉讼结果有利害关系，即被告人是否构成犯罪，是否被判处刑罚和判处何种刑罚，与被害人的切身利益或愿望有关。而证人与诉讼结果没有利害关系，被告人是否被定罪判刑于其没有直接的影响。由此决定在被害人陈述与证人证言的收集和审查判断方面存在明显的差异。

二是故意作虚伪陈述的法律后果不同。被害人如果捏造犯罪事实，意图陷害他人，使他人受到刑事处分，应当追究其诬告罪的刑事责任。证人在侦查、审判中故意作虚假证明，意图包庇他人或隐匿罪证，应当承担伪证罪的刑事责任。

被害人陈述在刑事诉讼中对于查清案件事实有重要意义。被害人是犯罪行为直接侵害的对象，因此，一般对案件事实了解得比较详细、具体，特别是在强奸、伤害、诈骗等案件中，被害人与犯罪嫌疑人大都有过直接接触。他们不仅了解犯罪的时间、地点、手段、过程、后果，而且还了解犯罪嫌疑人本人许多具体情况，甚至可以明确告发或指认谁是犯罪嫌疑人。这一切，使被害人陈述对于公安、司法机关判断案件性质，确定侦查方向和重点，收集、核实其他证据，都有着重要的作用。但由于被害人与案件有直接利害关系，从而可能夸大事实、虚构情节、推卸责任，等等，所以应从被害人的心理状态、精神状况、道德品质等方面进行审查，辨别真伪。

四、犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解

从形式上看，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解一般表现为犯罪嫌疑人、被告人接受公安、司法人员讯问，向讯问人员所作的口头陈述。经公安、司法人员许可，犯罪嫌疑人、被告人也可以以书面方式作出供述和辩解。

从内容上看，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解一般可能包含三个方面的内容：（1）犯罪嫌疑人、被告人供述，即犯罪嫌疑人、被告人向公安、司法机关承认自己犯有罪行和关于犯罪具体过程、情节的叙述；（2）犯罪嫌疑人、被告人的辩解，即犯罪嫌疑人、被告人否认自己有犯罪行为，或者虽然承认自己犯了罪，但认为有依法不应追究刑事责任或者有从轻、减轻或免除处罚等情节所作的申辩和解释；（3）犯罪嫌疑人、被告人对他人共同犯罪事实的检举和揭发。指出犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解包含上述三方面内容，目的在于纠正以往单纯将犯罪嫌疑人、被告人口供理解为犯罪嫌疑人、被告人作承认有罪的交代这种片面性的认识。

在司法实践中，犯罪嫌疑人、被告人检举、揭发他人犯罪的情况很普遍，也很复杂。概括来说，大致分两类情况：一类是对同案犯罪嫌疑人、被告人共同犯罪部分的检举、揭发。这种检举、揭发的内容与犯罪嫌疑人、被告人自己的犯罪行为有一定联系，可以在本案中作为证据使用，因而属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的组成部分。另一类情况是对同案犯罪嫌疑人、被告人共同犯罪以外的罪行的检举、揭发。例如，抢劫犯王某在侦查期间，揭发同案犯李某另外犯有伪造货币的罪行。这种检举、揭发，从内容上讲，与犯罪嫌疑人、被告人本人犯罪的事实无关，不属于犯罪嫌疑人、被告人的口供而属于证人证言。但是这种检举、揭发，经查证属实，则表明犯罪嫌疑人、被告人认罪、悔罪态度较好，甚至有立功表现，可以作为对犯罪嫌疑人、被告人从轻处罚的根据。

关于同案犯罪嫌疑人、被告人互相检举、揭发是否属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的问题，理论界和司法实践中存在不同看法。归纳起来，主要有三种意见。

第一种意见认为，犯罪嫌疑人、被告人在交代自己罪行的同时，检举、揭发同案犯罪嫌疑人、被告人的共同犯罪事实，仍然属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的一部分，不能看作是证人证言。这是我国证据法学界大多数学者的观点。

第二种意见认为，同案犯罪嫌疑人、被告人的攀供，其内容既然是检举、揭发他人的犯罪行为，实际上是就自己所了解的案件事实向公安、司法机关进行陈述，与其他证人的证言作用是一样的，因此应当视同证人证言。主张这一观点的，大多是从事公安、司法实务工作的人员。

第三种意见认为，从原则上来说，同案犯罪嫌疑人、被告人的攀供，仍然是犯罪嫌疑人、被告人口供的一部分，不能视为证人证言。但在特殊情况或在一定

条件下，可以作为证人证言使用。

在法人犯罪的案件中，有没有犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解这种证据呢?我们认为，对此应作肯定的回答。法人为犯罪嫌疑人或刑事被告人时，由其法定代表人作为代表参加诉讼。该法定代表人就与法人犯罪有关的事实所作的陈述，就属于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解。因为法定代表人是法人意志的体现者和执行者，他对于法人是否犯罪以及怎样犯罪等，一般也是清楚的。

由于犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的特点及在刑事诉讼中的重要作用，决定了对待犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解的原则，是重证据、重调查研究，不轻信口供。我国刑事诉讼法明确规定，在收集口供时严禁刑讯逼供和以威胁、欺骗、引诱以及其他非法的方法获取口供。在定案中必须坚持只有被告人口供，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，只要达到事实清楚，证据确定、充分的要求，就可以认定被告人有罪和处以刑罚。

五、鉴定结论

鉴定结论是指鉴定人根据公安、司法机关的指派或者聘请，运用自己的专门知识和技能对案件中需要解决的专门性问题进行鉴定后所作出的结论。

在刑事诉讼中需要鉴定的专门性问题非常广泛，常见的有法医学鉴定、司法精神病学鉴定、刑事科学技术鉴定（主要是痕迹鉴定、微量元素鉴定、文书鉴定等)、化学毒物鉴定、会计鉴定、一般技术鉴定等。

作为证据的一种，鉴定结论具有自身的特点：一是鉴定人对案件中的专门性问题进行鉴定后得出的结论性意见。二是鉴定人运用自己的专门知识和技能，凭借科学仪器和设备，分析研究案内有关专门性问题的结果。这一点与勘验、检查笔录不同，后者是公安、司法人员行使职权对与案件有关的场所、物品、人身等进行直接观察、检查后所作的客观记载。三是鉴定人对案件中需要解决的一些专门性问题所作的结论，而不是对法律问题提供的意见。

在西方国家，主要是英美法系国家，证据立法和理论均把鉴定人看作证人，把鉴定结论看作证人证言，即“专家证人”和“意见证据”。实际上，无论是鉴定人与证人，还是鉴定结论与证人证言，都存在重要的区别。主要表现在：

1. 证人是由案件本身决定的，因此具有不可选择性和不可替代性。鉴定人则是在案件发生后由公安、司法机关根据需要指派或聘请的，既可以选择，也可以更换和替代，必要时还可以组织重新鉴定或补充鉴定。

2. 证人提供证人证言，是向有关机关和人员陈述自己所了解的案件事实。鉴定人事先并不了解案件事实，而是对案件中某些专门问题进行分析研究后提出判断性意见，从而对案件事实起证明作用。如果鉴定人事先了解有关案件的事实情况，就应当作证人，而不能作鉴定人。

3. 证人作证不需要具备何种专门知识，只要能够辨别是非，能够正确表达，

就可以作证人。而鉴定人必须具备有关的专门知识和技能。

4. 只要是了解案件情况的人，依法都有作证的义务，都可以充当证人，证人不存在回避的问题。鉴定人则不同，如果与本案或本案当事人有利害关系或其他法定情况，便应当回避，不能接受指派或聘请作鉴定人。

5. 鉴定人为了提供科学的结论，可以要求了解有关案情或阅览有关案卷材料；几个鉴定人共同鉴定时，可以互相讨论，共同写出鉴定结论。证人则不能要求了解案情，而且法律明确规定询问证人应当个别进行，证人之间不能互相讨论，以免相互影响，导致证言失实。

从以上比较可以看出，鉴定人与证人、鉴定结论与证人证言不能混淆。我国刑事诉讼法将鉴定结论区别于证人证言，规定为一种独立的证据，具有科学性、合理性。

鉴定结论是由鉴定人从科学的角度提供的分析研究意见，而且鉴定人必须与案件和案件当事人没有利害关系，所以其客观性较强，是上升到理性认识的结论性意见，是建立在科学技术基础之上的证据形式。因此，鉴定结论对于认定案情有十分重要的意义，特别是对于认定案件中的专门性问题，是必需的证明手段，对于鉴别其他证据的真伪，揭示物证、书证的证明作用，都是其他证据所无法取代的。

但是，鉴定人不是“科学的法官”，鉴定结论也不是“科学的判决”。鉴定结论有时也会因为种种因素的影响和条件的限制而不正确，同样必须经过查证属实才能作为定案的根据。审查的方法和内容，主要包括：（1）提供鉴定的材料是否充分和可靠；（2）鉴定过程是否科学；（3）鉴定人的业务能力；（4）鉴定人工作责任心如何，鉴定人是否受到外界影响而作虚假鉴定；（5）鉴定的设备是否先进，作为结论根据的原理是否科学，等等。

六、勘验、检查笔录

1. 勘验笔录

勘验笔录，是指侦查人员在对与犯罪有关的场所、物品、痕迹、尸体等进行勘查、检验过程中所作的记载，包括文字记录、绘图、照相、录像、模型等材料。勘验笔录可以分为现场勘验笔录、物证检验笔录、尸体检验笔录、侦查实验笔录等。

由于勘验笔录是侦查人员运用一定的设备和技术手段对勘验对象情况的记载，所以它的客观性较强，也比较可靠。它的主要作用在于固定证据及其所表现的各种特征，供进一步研究分析使用，以发现和收集证据，确定侦查方向；鉴别其他证据的真伪，认定案件事实。

勘验笔录是否全面和准确往往会受到主观因素和客观条件的影响，所以必须进行审查核实。

2. 检查笔录

检查笔录，是指侦查人员为确定被害人、犯罪嫌疑人、被告人的某些特征、伤害情况或生理状态，而对他们的人身进行检验和观察后所作的记载。检查笔录以文字记载为主，也可采取拍照等其他有利于准确、客观记录的方法。

人身检查必须严格按照法定程序进行，必要时可以指派或聘请具有专门知识的人协助侦查人员进行。

勘验、检查笔录与鉴定结论是两种不同的证据，不能混淆。二者的主要区别有：(1) 勘验、检查笔录由侦查人员制作，鉴定结论则由办案机关指派或聘请的鉴定人制作；(2) 勘验、检查笔录是对所见情况的记载，鉴定结论的主要内容是科学的分析判断意见；(3) 勘验、检查笔录大多解决一般性问题，鉴定结论则是解决案件中的专门性问题。

七、视听资料

视听资料，是指以录音、录像、电子计算机或其他高科技设备所存储的信息证明案件事实情况的资料。视听资料是现代高科技发展的重要产物和先进成果，它在刑事诉讼中的运用也是法学研究和司法实践发展的重要标志之一。

视听资料具有如下的特点：(1) 形式多样，直观性强，客观实在，内容丰富；(2) 易于保存，占用空间少，传送和运输方便；(3) 可以重现，作为证据易于使用，审查核实时便于操作；(4) 存在被伪造、变造的可能性；(5) 对技术要求高，伴随科技发展的进程而不断更新、变化。

基于上述特点，视听资料在证据运用中的作用主要有：(1) 收集证据及时、迅速；(2) 再现案件情况立体、直观；(3) 核实其他证据方便、有效。

应当指出，视听资料的出现，使刑事诉讼中的证据种类增加了，表明人们驾驭和运用证据的能力也提高了。但是，尽管它有其他证据所难以比拟的特性和证明优势，但仍然只是数种证据种类之一，它不可能是“万能”的；而且，视听资料一旦被篡改、变造，有时可能更难于被识破，难于恢复，所以在运用视听资料定案时更应当加强审查判断。

第三节 证据的分类

刑事证据的分类，是指在理论研究上将刑事证据按照不同标准划分为不同类别。分类的目的，在于研究各类证据的特点及运用规律，以便提高运用各类证据查明案件真相的能力。对于刑事证据如何分类，国外存在不同的分类标准和方法。

在我国理论界，通常将刑事证据分为原始证据与传来证据、言词证据与实物证据、有罪证据与无罪证据、直接证据与间接证据等。

一、原始证据与传来证据

根据证据来源的不同，可以将证据分为原始证据与传来证据。

原始证据是指直接产生于案件事实的证据，也就是从第一来源直接获得的证据。所谓“第一来源”，是指没有经过传抄、复制的物证、书证，或者没有经过转述的人们关于案件事实的反映印象。例如目击证人的证言，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解，书证的原本，物证的原件等。

反之，不是直接产生于案件事实，不是从第一来源直接获得，而是由第一来源经过传抄、复制或转述后获得的，就是传来证据。如书证的副本，物证的复制件，或者证人陈述有关案件事实的情况不是其耳闻目睹的，而是转述别人所讲的。

传来证据的概念与西方证据理论分类中的传闻证据有所不同。在西方国家，特别是英美法系国家，其证据法上的“传闻”，强调以法庭审判为中心，凡在法庭审判外提供的证言，非证人亲自当庭以口头方式作证，或陈述内容非本人耳闻目睹的，均属于传闻证据。其范围并不仅限于言词，包括文字，但不包括实物证据。而我国的传来证据，仅以证据是否系从第一来源直接获得为标准。就言词证据而言，如证人转达他人陈述的内容为传来证据，至于在法庭上宣读的未出庭证人的证言，只要该证言内容为作证者亲自看见或听到的，而不是别人转告的，仍属原始证据。

一般来说，证据材料被传抄、复制、转述的次数越多，失真的可能性越大。这是信息传递中的一般规律。因此，通常情况下，原始证据的可靠性要高于传来证据的可靠性；而在传来证据中，传递中间环节少的可靠性要高于传递中间环节多的。言词证据与实物证据都是如此。

根据这一特点，在审查案件事实的过程中，办案人员应当追根溯源，尽一切可能收集原始证据。对于传来证据，必须查明其来源出处。对于物证、书证，因某种原因不能提取或得到原物、原本的，要和原物、原本查对核实。但是，我国证据立法并未排除或限制传来证据在诉讼中的运用。

传来证据在查明案件事实中的作用主要表现在以下方面：可以作为发现原始证据的线索；可以作为审查核实原始证据是否真实的手段；可以加强原始证据的证明作用；在无法得到原始证据的情况下用以证明案件事实和情节。

二、言词证据与实物证据

根据证据表现形式的不同，可以将证据分为言词证据与实物证据。

言词证据，是指以人的陈述形式所表现的各种证据。如证人证言，被害人陈述，犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解。鉴定结论虽然具有书面形式，但其实质是鉴定人就案件中某些专门性问题进行鉴定后作出的判断，而且在法庭审理时，当事人有权对鉴定人就鉴定结论发问，鉴定人有义务以口头回答，解释或补充其鉴

定结论。所以，鉴定结论也是言词证据。

实物证据，是指以客观存在的物体作为案件事实表现形式的各种证据，如物证、书证。勘验、检查笔录是办案人员在勘验、检查过程中对所观察情况的记载，也属于实物证据。

对于视听资料是否属于实物证据，有不同意见。一般认为储存有特殊信息(包括语言、图像)、可供办案人员据以查明案件事实的视听资料，是一种特殊的物品，属于实物证据。也有人认为应当具体分析，区别对待：多数视听资料属于实物证据，但是讯问犯罪嫌疑人、被告人，询问证人、被害人时的录音资料相当于笔录，是对讯问或询问过程和陈述内容的录制，应划归言词证据。

言词证据的特点是具有明确的意思表示，它所表述的案件事实容易为人们了解。特别是耳闻目睹案件事实而又能如实陈述的人提供的言词证据，更具有较强的证明力。但是，由于言词证据通过人的陈述形式表达出来，其形成必须经过反映（感受）、储存（记忆）、再现（陈述）的过程，中间介入了人的因素，所以其客观性常常受到陈述者主、客观条件的影响。

实物证据是客观存在的实在物，看得见、摸得着，不像言词证据那样易受人的因素影响，这是实物证据的最大特点。只要办案人员经过勘验、检查、鉴定、审查，发现其与案件事实之间存在联系，实物证据就能发挥重要的证明作用。但是，实物证据是“哑巴证据”，自己不能主动表达对案情的证明作用，需要依靠人来认识，而且其证明力在许多情况下需要借助科学技术、特殊设备和专业知识。此外，实物证据储存的信息量一般不如言词证据，往往不能仅凭实物证据来认识案件主要事实。

三、有罪证据与无罪证据

根据证据对案件事实所起证明作用的不同，可以将证据分为有罪证据与无罪证据。

凡是能够证明犯罪事实存在和犯罪行为为犯罪嫌疑人、被告人所实施的证据，都是有罪证据。从内容上看，有罪证据既包括证明犯罪嫌疑人、被告人有从重情节的证据，也包括证明犯罪嫌疑人、被告人有从轻、减轻或者免除处罚情节的证据。相反，凡是能够否定犯罪事实存在或者能够证明犯罪嫌疑人、被告人未实施犯罪行为的证据，都是无罪证据。

关于划分此类证据的标准，法学界有不同意见。有人主张按照证据的证明作用是有利于犯罪嫌疑人、被告人还是不利于犯罪嫌疑人、被告人而将其划分为有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据和不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。按此标准，凡能证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻以及有从轻、减轻、免除处罚情节的证据，都属于有利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。凡能证明犯罪嫌疑人、被告人有罪、罪重以及有从重处罚情节的证据，都属于不利于犯罪嫌疑人、被告人的证据。

也有人按照类似的标准将证据分为控诉证据与辩护证据。这两种划分标准，在我国正在实行的控辩式庭审方式中具有重要意义。

从立法来看，《刑事诉讼法》第43条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。"第110条规定："任何单位和个人，有义务按照人民检察院和公安机关的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。"这说明，我国立法上采用的是有罪证据和无罪证据的用语。

将证据划分为有罪证据与无罪证据，其意义在于使公安、司法人员在办案中从实际出发，克服主观片面性，注意客观、全面地收集与审查判断证据。

四、直接证据与间接证据

根据证据与案件主要事实的证明关系，可以将证据划分为直接证据与间接证据。

凡是能够单独直接证明案件主要事实的证据，都是直接证据。案件主要事实包括两个方面：一是犯罪行为是否发生；二是该犯罪行为是否为犯罪嫌疑人、被告人所为。也就是说，根据某一证据的内容，不必经过推理的过程就可以直接地了解被指控的犯罪行为是否发生，这种犯罪行为是否由犯罪嫌疑人、被告人所实施。例如，证人、被害人目击犯罪行为发生的证言或陈述；犯罪嫌疑人、被告人对自己实施犯罪行为的供述等。

凡是不能单独直接证明，需要和其他证据结合起来才能证明案件主要事实的证据，都是间接证据。例如，犯罪分子在现场留下的物品或痕迹，实施犯罪行为的工具，被害人伤害情况等。

在理解直接证据与间接证据的分类标准时，要注意以下几个问题：

第一，分类的范围只涉及证明案件主要事实的证据，那些与案件主要事实无关，但对查明案件真相、正确认定犯罪嫌疑人、被告人刑事责任同样有证明作用的证据并未纳入这种分类方法之中。

第二，所谓案件主要事实的两个方面，是就肯定意义上的直接证据而言的，即一项肯定犯罪嫌疑人、被告人犯罪的直接证据必须同时包含这两个方面的内容。而否定性直接证据则不然，只要能够据以否定其中任何一个方面的内容，就是直接证据。例如，证明被告人不在犯罪现场的证据。

第三，直接证据或间接证据都可以是原始证据或传来证据。其划分同证据是否直接来源于案件事实无关。不能将直接、间接证据的分类与原始、传来证据的分类相混淆。

直接证据对案件主要事实的证明方法简单，无须经过复杂的推理过程，其证明作用是显而易见的。但是必须强调，直接证据也必须依赖其他证据查证属实，才能作为定案的根据；另外，即使是直接证据，其对案件事实所能证明的范围也

是不同的，因此认定案件事实不能仅仅依赖个别直接证据，而必须与其他证据相结合进行综合审查判断，才能正确认定案件事实。为了避免办案人员偏信口供，以致采用非法手段获取口供，《刑事诉讼法》明确规定，“只有被告人供述，没有其他证据的；不能认定被告人有罪和处以刑罚”。

间接证据的主要特点是不能独自证明案件主要事实，而只能证明案件主要事实的个别情节或片断。因此，任何间接证据都必须与其他证据相结合才能证明案件主要事实。而且，间接证据与案件主要事实的关联方式往往是间接的，用以证明案件主要事实必须经过逻辑的推理。由于间接证据证明范围的局限性，在只有间接证据、缺乏直接证据时，推理证明的过程更为复杂，但并不能因此而忽视间接证据的作用。相反，间接证据在刑事诉讼证明中具有重要意义，主要体现在：（1）在侦查初期，间接证据往往是发现犯罪嫌疑人、确定侦查方向的先导，可以提供获取直接证据的线索；（2）是鉴别和核实直接证据以及其他证据的有力手段；（3）在特定条件下，可以完全依靠间接证据证明案件真相，认定案件事实。

根据理论总结和司法实践经验，在完全依靠间接证据认定被告人犯有被控罪行时，必须遵守一定的规则。主要是：（1）据以定案的每一个间接证据必须查证属实；（2）每一间接证据必须与案件事实有联系，能够证明案件的某些事实或情节；（3）间接证据必须形成一个完整的证明体系，案件事实的各个部分均有相应的间接证据加以证明；（4）间接证据之间、间接证据与案件事实之间必须协调一致，矛盾得到合理排除；（5）依照间接证据形成的证明体系足以对案件事实得出肯定的结论，并排除其他一切可能性。

第四节 刑事诉讼证明

一、证明对象

法官要作出裁判，对法规和事实两个方面都必须认定……但是，作为证明对象最普遍的还是事实，即当事人所主张的事实是否存在的问题。

——【日】兼子一、竹下守夫

刑事诉讼证明对象，是指需要用证据加以证明的，与刑事案件有关的各种问题，既包括需要证明的刑事案件的主要事实，也包括需要证明的与刑事案件有关的其他事实。凡是与追究犯罪嫌疑人、被告人刑事责任有关的，一切需要证明的事实，都是证明的对象。刑事诉讼证明对象所要解决的中心问题是恰当地确定证明的范围。确定证明对象，对于公安、司法人员明确具体案件需要证明的各种问题，以便有目的、有重点、有计划地调查、收集证据，及时查明全部案件的事实情况，正确适用法律来处理案件具有重要价值。如果案件的证明对象不明确，对于需要证明的问题没有及时地去调查、收集证据，而对于不需要证明的问题，却

花费了很多时间和精力去调查、收集证据，这样做的结果，不仅拖延了诉讼时间，造成人力、物力的浪费，而且会错过有利时机，影响及时调查、收集证据，查明案情，及时、正确处理案件。

在司法实践中，由于具体的刑事案件错综复杂，法律难以对证明对象作出统一的规定，而只能要求办案人员根据具体案件的情况和特点，依照刑法关于犯罪构成的规定和刑事诉讼法的有关规则，经过分析研究确定。既要防止把证明对象确定得过宽，也要防止把证明对象确定得过窄。把与具体案件无关的情况作为证明对象，势必会分散精力，影响对案件的及时处理；如果不把与具体案件有关的重要情况作为证明对象，将会造成运用证据上的差错，影响对案件事实的认定和处理。

我国刑事诉讼法并未对证明对象的具体内容作出规定。学者们根据各自的理解，对证明对象的内容作了不同的阐述。司法实践中，某些办案人员由于不明确证明对象的范围，时常延误诉讼。为此，《高法解释》第 52 条对证明对象作了规定：需要运用证据证明的案件事实包括：（1）犯罪嫌疑人、被告人身份；（2）被指控的犯罪行为是否存在；（3）被指控的行为是否为犯罪嫌疑人、被告人所实施；（4）犯罪嫌疑人、被告人有无罪过，行为的动机、目的；（5）实施行为的时间、地点、手段、后果以及其他情节；（6）犯罪嫌疑人、被告人的责任以及与其他同案人的关系；（7）犯罪嫌疑人、被告人的行为是否构成犯罪，有无法定或者酌定从重、从轻、减轻处罚以及免除处罚的情节；（8）其他与定罪量刑有关的事实。概而言之，我国刑事诉讼证明对象的具体范围，主要包括以下几个方面：

1. 犯罪构成的要件事实。首先，要查明构成犯罪的具体行为是否确已发生，是否属于正当防卫、紧急避险或其他不构成犯罪的行为。在一般情况下，这个问题是明显的，不需要证明的。但是，如果对犯罪行为发生怀疑，就需要证明。如果确有犯罪行为发生，则应查明实施犯罪行为的时间、地点、方法、手段、工具和条件，以及犯罪结果、对社会造成的危害性。《刑法》具体规定了各种犯罪的构成要件和特征，在抢劫、强奸、贪污、受贿等各种具体案件中具体证明对象是不同的。所以，对具体案件的证明对象要按法律要求来确定。例如，犯罪结果的危害性大小，不仅对于量刑有着重要的意义，而且决定着对于国家、集体或公民所造成的物质损失大小，还是提起附带民事诉讼，要求被告人赔偿经济损失的根据。盗窃财物数额、伤害程度等等，还是区分罪与非罪的重要依据，因而对于犯罪行为的各种情节，应当加以证明。其次，要查明谁是犯罪行为的实施者，是否达到刑事责任年龄，有无刑事责任能力，实施犯罪者在主观上有无故意或过失，以及实施犯罪行为的动机和目的。根据刑法规定，行为人只有达到法定责任年龄，并具有刑事责任能力和主观罪过时，才应负刑事责任。因而，在刑事诉讼中，行为人的确切年龄、精神状态、有无主观罪过，究竟是故意还是过失，如果是出于故意，其特定的动机、目的是什么，等等，对这些问题发生争议或怀疑时，应当加

以证明。

2. 作为罪刑轻重的各种量刑情节的事实。这些情节特别是法定情节，对量刑轻重具有直接影响。只有全面查明这些情节，才能正确适用法律，做到量刑适当。根据刑法规定，累犯、主犯、教唆不满18周岁的人犯罪，等等，都是从重处罚的情节；预备犯、未遂犯、中止犯、从犯、胁从犯、未成年人犯罪、又聋又哑的人或者盲人犯罪等等，是从轻、减轻或者免除处罚的情节。此外，犯罪嫌疑人、被告人在犯罪后的态度和表现，是自首、坦白、悔罪、立功，还是潜逃、毁证、灭迹、订立攻守同盟、阻止同案犯交代，以及犯罪嫌疑人、被告人的身份情况，有无前科劣迹，等等，都与决定其刑事处罚有关，应当加以证明。

3. 解决刑事诉讼程序问题需要证明的事实。在刑事诉讼中，对于当事人申请回避时提出的回避理由，当事人因不可抗拒的原因或有其他正当理由耽误法定诉讼期限而提出申请的事由，以及违反法定的刑事诉讼程序而可能影响正确判决的事由，等等，也应当加以证明。

4. 其他需要运用证据加以证明的事实。

上述所列的各种刑事诉讼证明对象，只是根据实践经验加以总结而对一般刑事案件概括性的列举，并不是说所有刑事案件都要证明这些问题，当然也并非所有刑事案件只证明这些问题就够了。每个刑事案件的具体情况不同，因而需要证明的问题也有所不同，必须根据案件的实际情况，具体确定每个案件的证明对象。对于关键性问题，属于主要的证明对象的，要多下工夫，用证据来加以证明；对于一般性问题，属于次要的证明对象的，也必须查证清楚。总之，对于刑事案件的证明对象，都应当有相应的证据来加以证明，才能做到证据确实、充分，事实清楚，处理恰当。

二、证明责任与举证责任

证明是指公安、司法机关和有关当事人查清、阐明和确定案件事实的诉讼活动。证明活动是一项复杂的诉讼活动，它包括收集证据、审查判断证据、推定与认定案件事实等。刑事诉讼任务的完成，有赖于证明活动的完成。

（一）证明责任

证明责任是指公安、司法机关所负有的收集并运用证据查清、阐明和确认案件事实的责任。《刑事诉讼法》规定，证明责任由公安、司法机关承担。

公安、司法机关在刑事诉讼中均负有证明责任。公安、司法机关的证明责任是由公安、司法人员担当完成的。《刑事诉讼法》规定，审判人员、检察人员和侦查人员必须依照法定程序，收集能够证明犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。当然，伴随1996年《刑事诉讼法》的修改而进行的控辩式庭审方式的改革，审判人员收集证据的义务已经被冲淡了，审判人员仅仅作为证据的裁判者是其保持中立、实现公正裁判的基本要求。在这个意义上，今后

《刑事诉讼法》修改时，应当废除审判人员收集证据的义务。

在公诉案件中，公安机关对于自己立案侦查的案件侦查终结后，认为应当移送起诉的，必须做到事实、情节清楚，证据确实、充分，否则，检察机关对其审查后，可能退回公安机关补充侦查。检察机关如认为需要追究犯罪嫌疑人的刑事责任，在作出提起公诉的决定时，必须具备犯罪事实已经查清，证据确实、充分的条件，否则，法院对公诉的案件审判后，可能作出事实不清、证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。法院对案件作出定罪的判决、裁定，必须具备事实清楚，证据确实、充分的条件，否则，一审判决、裁定可能被二审法院撤销；对于终审判决、裁定，法定之机关可能提起审判监督程序，对案件进行再审。

（二）举证责任

举证责任是指刑事诉讼中有关机关、当事人所负有的向法院提供证据以说明其诉讼主张成立的责任。古罗马法确立了“谁主张，谁举证”的举证责任原则，延续至今。

举证责任是存在于审判阶段的法律责任。在法院审判案件的过程中，为了说明自己的诉讼主张成立，有关机关和当事人需要向法院提出证据。如果负有举证责任的一方即有责任提供证据的一方不能提供证据，或者提供的证据不能证明其诉讼主张，则没有完全履行举证责任，其诉讼主张就不会被法院接受，将承担败诉的法律后果。

举证责任与证明责任是两个既有联系，又有区别的概念。举证责任与证明责任的联系是很紧密的。首先，两者都是查明案件事实过程中的责任，都需要运用证据来完成。其次，如果承担责任的主体在实践中没有完成证明或者举证，都要承担一定的法律后果。证明责任与举证责任有以下区别：（1）证明责任只能由公安、司法机关承担，举证责任可以由检察机关承担，也可以由当事人承担；（2）在侦查、起诉和审判阶段，都有证明责任，而举证责任只存在于审判阶段；（3）在刑事诉讼中，举证责任一般由控诉方承担，而证明责任则由在不同诉讼阶段上对案件有处置权的公安、司法机关承担。

在我国刑事诉讼中，举证责任由以下机关和当事人承担：

1. 公诉机关

人民检察院是国家的公诉机关，代表国家行使对犯罪的控诉权。在公诉案件中，检察院作为公诉机关，是控诉职能的主要承担者，由它指控被告人犯有什么罪，请求法院对被告人定罪量刑。因此在法庭上，公诉机关的代表——公诉人负有举证责任是天经地义的。如果公诉机关提不出证据证明被告人构成犯罪，根据我国《刑事诉讼法》第 162 条第 3 款的规定，法院将作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

2. 自诉人

自诉人是自诉案件的原告人，他对于提起自诉的案件，有责任提供证据予以

证明。如果自诉人提出的自诉案件主要事实不清，或者没有足够的证据，法院则不会受理。法院受理案件后，经审查罪证不足的，可以令自诉人提出补充证据。如果自诉人提不出补充证据，法院有权说服自诉人撤回自诉，或者裁定驳回自诉。

3. 被告人

被告人是被追究刑事责任的人，一般情况下不承担举证责任。在刑事诉讼过程中，被告人提出事实证明自己无罪、罪轻或者具有从轻、减轻、免除刑事责任的情节，这是其享有的辩护权利，而非承担的义务和责任。如果令被告人承担举证责任，将会使被告人处于不利的境地，导致“有罪推定”。在下列特殊情况下，被告人负有举证责任：

（1）自诉案件中提起反诉的被告人，对反诉之案件事实负举证责任。

自诉案件中提起反诉的被告人，具有双重身份。对自诉来说，他是被告人；对反诉来说，他又是“自诉人”，既然是“自诉人”，当然应对反诉之事实承担举证责任，其道理与自诉人承担举证责任相同。

（2）“巨额财产来源不明”案件中的被告人，在一定条件下承担举证责任。为了打击严重侵吞国家、集体财产的犯罪行为，惩治国家工作人员中的腐败分子，《刑法》第395条规定了“巨额财产来源不明罪”。根据这条法律规定，国家工作人员的财产或支出明显超过其合法收入，且差额巨大的，可以责令其说明来源，本人不能说明来源合法的，差额部分以非法所得论，处5年以下有期徒刑或者拘役，财产的差额部分予以追缴。在这种案件中，公诉机关首先承担举证责任，即通过举证说明被告人系国家工作人员，其财产或支出明显超出合法收入，差额巨大。当公诉机关证实了“差额巨大”后，举证责任才转移到被告人身上，即由其说明差额的来源是合法的，否则将被定罪。

4. 附带民事诉讼原告人

附带民事诉讼的原告人在审判过程中，有权提出赔偿的诉讼请求，对于诉讼请求，其有责任举出证据予以说明。

三、证明标准

证明标准不可能仅仅用语言作出精彩的、明晰的描述，无论所使用的语言多么具有技术性。所有可能所得只是法官或陪审员必须确信或者否认某种事实的真实性。什么证据才能形成“确信”，因问题不同而不同。问题越轻微和简单，越容易形成“确信”；问题越严重和复杂，就越要细心审查，也就是说，在对案件真实情况形成确信之前所需要的有证明力的证据就越多。

——【美】弗雷德曼

证明标准，又称证明要求，是指公安、司法人员运用证据证明案件事实应达到的程度，即证据达到什么程度，方可进行某种诉讼活动或者作出某种结论。公

安、司法机关每作出一项决定，都需要对案件事实作出证明。由于各个决定的内容和条件不同，证明要求也应有所不同。

下面介绍我国刑事诉讼证明标准体系：

在我国，公诉案件大体要经过立案、逮捕、移送审查起诉、提起公诉和判决几个处理阶段（活动）。对每一阶段（活动），法律都规定了一定的证明标准。法律规定的这些证明标准包括：

1. 立案的证明标准。《刑事诉讼法》第 86 条规定："认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案。"可见，立案的证明标准是"有犯罪事实需要追究刑事责任"。

2. 逮捕的证明标准。《刑事诉讼法》第 60 条规定："对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。"可见逮捕的证明标准较立案的证明标准有所提高。

3. 移送审查起诉的证明标准。《刑事诉讼法》第 129 条规定，对于侦查终结的案件，应做到犯罪事实清楚，证据确实、充分，才可以移送检察院审查决定是否提起公诉。此时的"犯罪事实清楚，证据确实、充分"的判断主体是侦查机关，不具有实体判决的意义。

4. 提起公诉的证明标准。《刑事诉讼法》第 141 条规定，人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定。从法律规定来看，提起公诉的证明标准与移送审查起诉的证明标准是相同的，都是"事实清楚，证据确实、充分"。此时的"犯罪事实清楚，证据确实、充分"仅仅是检察机关的判断。

5. 有罪判决的证明标准。《刑事诉讼法》第 162 条第 1 款规定，案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决。据此，有罪判决的证明标准是"案件事实清楚，证据确实、充分"。若证据不足，达不到此标准的，应判决无罪。认定被告人有罪是经过庭审由法庭确定的，具有实体上的决定意义，体现了人民法院的定罪权。不难发现，《刑事诉讼法》关于后三者的证明标准在表述上是一致的，同时，从立案、逮捕、起诉到判决，证明标准是逐渐提高的。

关于"证据确实、充分"的理解："确实"是质的要求，首先，是指据以定案的每一证据都已查证属实。其次，是经查实的每个证据必须有证明力，即和案件事实有客观联系，能推论出案件事实。再次，是指证据的证明力必须和所证明的对象、范围一致。最后，是指证明力的强弱，对所能证明的对象能够证明到什么程度，即看其推断的结论是必然性的还是或然性的，或然性较大还是相反。"充分"是对证据从质和量的结合上保障案件客观真实的关系所提的要求，是指具有

上述质的证据在数量上必须符合认定案件事实所需的要求：首先，能够收集、应该收集的证据均已依法收集；其次，凡对定案有意义的事实和情节均有必要的、足够的证据予以证明；再次，证据之间、证据与案件事实之间没有矛盾，即使曾有过矛盾也已得到合理解决或排除；最后，综合全案证据，得出的结论是唯一的，排除其他可能性。

有罪判决的证明标准是证据理论中一个争议很大的问题，主要是对于“案件事实清楚，证据确实、充分”中“事实”的理解，学界有不同的认识。有学者认为此处“事实”为“客观真实”，即案件发生的本来面目、绝对真实的情况。这可谓传统的理论诠释。另有学者认为“客观真实”说无视诉讼活动的特性，“客观真实”难以达到、无以判断，因此，从诉讼活动自身规律出发，提出了“诉讼真实”说、“法律真实”说以及“庭审真实”说，认为应区分客观真实与诉讼真实，裁决案件所依据的证据事实是诉讼内的事实（真实）、法律上的事实（真实）、庭审认定的事实，而不是“客观真实”[①]。人类必须接受的现实是，在任何一种司法制度下，绝对的客观真实是不可能被发现的，冤假错案是不可完全避免的，刑事诉讼立法的选择只是在于通过程序的保障，最大限度地避免错判尤其是错误定罪的发生。而要避免错判的发生，就要重视诉讼程序的意义，要通过完善并严格遵守正当的程序来实现实体上的真实。

各国刑事证明标准之比较与评价

根据英美法系证据法的规定，刑事案件有罪判决采取“排除一切合理怀疑”的证明标准。英美法系国家将证明标准分为九等：第一等是绝对确定，由于认识能力的限制，认为这一标准无法达到，因此无论出于任何法律目的均无这样的要求；第二等即排除合理怀疑，为刑事案件作出定罪裁决所要求，也是诉讼证明方面的最高标准；第三等是清楚和有说服力的证明，某些司法区在死刑案件中当拒绝保释时，以及作出某些民事判决有这样的要求；第四等是优势证据，是作出民事判决以及肯定刑事辩护时的要求；第五等是合理根据，适用于签发令状，无证逮捕、搜查和扣押，提起大陪审团起诉书和检察官起诉书，撤销缓刑和假释，以及公民扭送等情况；第六等是有理由的相信，适用于“拦截和搜身”；第七等是有理由的怀疑，足以将被告人宣布无罪；第八等是怀疑，可以开始侦查；第九等是无线索，不足以采取任何法律行为。[②]

---

① “诉讼真实”与“客观真实”并不是同等意义上的概念，尽管诉讼真实已经达到或接近客观真实。而诉讼真实、法律真实、庭审真实则是在同一意义上使用的。

② 参见卞建林译：《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，22页，北京，中国政法大学出版社，1996。

有罪判决的证明标准为“排除合理怀疑”，这是最高的证明标准。关于“合理怀疑”的解释，大多数法官都拒绝向陪审团给出“合理怀疑”的定义，而将这一证明标准视为不言而喻的。正如一位法官所指出的：“对‘合理怀疑’一词来说，没有比其本身更清楚明确的定义了。”要想使陪审员们认定被告人犯有指控的罪名，就必须说服他们相信该犯罪的全部要素都已经得到了超出合理怀疑的证明。如果任何要素未得到这种令陪审团满意的证明，或者如果任何辩护意见未得到公诉方的这种反证，那么被告人就必须被判无罪。① 有合理的怀疑不能排除时，即应将被告人宣布无罪。这是法律上的无罪。

在大陆法系国家，则实行自由心证的证据制度②，将心证划分成四个等级：微弱的心证；盖然的心证；盖然的确实心证；必然的确实心证。有罪判决的证明标准为“必然的确实心证”。法官须以“提交庭审辩论并经各方当事人自由争论的材料”作为形成内心确信的依据。自由心证原则并不是由法官任意证明，而是“要求法官根据他个人的自由确信而确定证据。法官的个人确信，是指他的个人确认。这种确认，必须依据明智推理，建立在对证据结果之完全、充分、无相互矛盾地使用之上”；“调查证据后，法院未确认被告人有罪时，必须宣告他无罪”③。这表明，大陆法系国家刑事诉讼的证明标准，是排除了任何疑问的内心确信。在证据法理论中，常将其概括为“高度盖然性”，这与英美法系的“排除一切合理怀疑”的证明标准在实质上是一致的。④

英美法系国家与大陆法系国家关于证明标准的规定，体现了共同的价值追求。尽管表述存在差异，但二者具有明显的同一性。表现在，第一，二者相互依存。内心确信，就意味着排除合理怀疑，反之亦然。二者只是一个标准的两个方面，或者说是一项标准的两种操作性表述。第二，二者相互渗透，相互借鉴，兼采并用，均趋于完善。⑤ 日本学者田口守一教授认为：“‘高度盖然性’的标准是双重肯定的评价方法，‘无合理

---

① 参见［美］乔恩·R·华尔兹著，何家弘等译：《刑事证据大全》，314 页，北京，中国人民公安大学出版社，1993。

② 我国诉讼法学界对大陆法系国家“自由心证”制度的认识经历了一个不断的发展变化过程，由简单地以“主观唯心主义”予以全盘否定，到正确地认识与评价，不再是简单地否定，而是提出吸收其合理因素。

③ ［德］约·阿希姆·赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

④ 参见卞建林主编：《证据法学》，357 页，北京，中国政法大学出版社，2000。

⑤ 参见徐静村主编：《刑事诉讼法学》（上），180 页，北京，法律出版社，1997。

的怀疑’的证明标准是排除否定的评价方法。两者是同一判断的表里关系。”①

“内心确信”或者“排除合理怀疑”，无疑是人类认识活动的规律在刑事诉讼中的体现，是现实刑事证明活动经验的总结。无论是“内心确信”、“排除合理怀疑”，还是我国奉行的“证据确实、充分”标准，都毫无例外地是由法官（陪审团）来判断的。过于强调诉讼的客观性，无疑会导致不可捉摸的绝对客观主义。

英美法系国家实行判例法，法官出具的判决书内容具体、推理严密，法官往往从某个具体的案件出发，通过对该案件的审判，阐发或归纳出一项具有普遍指导意义的法律规则。从判决书不难看出法官裁断案件的过程和理由。在大陆法系国家，自由心证的本来意义是无须法官说明形成心证的理由，但这种完全依靠法官判断的做法引起了很多批评，因此，法国的几部法典都规定，对每一个案件的判决所依据的理由，法官一定要以书面形式特别说明他的心证是如何形成的。现在，法官所作的判决，特别注重推理和说明理由。

在证明标准体系中，还需研究立案侦查、逮捕与羁押、侦查终结移送审查起诉、提起公诉的证明标准。

立案是刑事诉讼的起始程序，是侦查的开始。“有犯罪事实需要追究刑事责任”作为立案的证明标准是可行的，但侦查机关为追求破案率，以此作为衡量侦查工作效果的标尺，导致实践中有案不立、不破不立、以罚代立等情形大量存在。为防止上述情形的发生，必须改变单纯以破案率为评价侦查机关工作的标准的做法。

关于逮捕的证明标准，我们认为《刑事诉讼法》第60条的规定是可行的，关键在于严格执行，实践中按起诉的标准来掌握逮捕是错误的。为此，我们认为应实行逮捕司法令状主义，以及逮捕与羁押分离制度，由法官审查批准逮捕与羁押，并完善取保候审制度。将错捕的赔偿责任从检察机关处解放出来，由国家设立专项的赔偿基金，并由专门成立的赔偿委员会负责认定赔偿与否。② 其目的在于实现程序的公正性，充分发挥逮捕保障刑事诉讼顺利进行的作用，避免该捕不捕对刑事诉讼顺利进行带来的消极后果。

从立法的规定来看，侦查终结移送审查起诉、提起公诉的证明标准与有罪判决的证明标准相同，都是“犯罪事实清楚，证据确实、充分”。这样的立法规定体现了诉讼的严肃性，意在防止草率地将公民推上被告席。但必须注意的是，此举

① ［日］田口守一著，刘迪等译：《刑事诉讼法》，223页，北京，法律出版社，2000。

② 在法国，在诉讼过程中被临时羁押的人，如果在程序结束时不予起诉、免予处罚或无罪释放的决定已确定时的赔偿的给付由一个委员会作出最后决定，最高法院办公厅有权决定委员会的各种组成情况。具体内容请参见《法国刑事诉讼法典》第149条的规定。

易导致对犯罪的疏于追究。中国长期以来有罪判决罪率极高，往往被认为打击犯罪的准确率高。根据《刑事诉讼法》第140条的规定，人民检察院在审查起诉阶段，经过两次补充侦查，仍然认为证据不足、不符合起诉条件的，可以作出不起诉决定。但在实践中对“疑案”实行可捕可不捕的坚决不捕，可诉可不诉的坚决不诉的处理原则。

以有罪判决率来衡量检察机关工作质量的做法，不利于发挥检察机关追究犯罪的积极性。检察机关以及检察官以定罪为标准提起公诉的原因有：（1）认为法院的无罪判决会损害自身的公正形象①；（2）以有罪判决率的高低作为评价办案水平的标准，若出现无罪判决，会被认为水平低，业务能力将被怀疑；（3）以有罪判决率作为检察机关以及检察官个人业绩考核的重要依据，无罪判决对于公诉人与检察机关在工作业绩考核中的结果是极为不利的；（4）无罪判决会导致检察机关的赔偿责任。基于以上原因，检察机关对没有把握指控成功的案件不愿起诉。

我国检察机关因起诉面临败诉危险而尽量采不起诉，丧失了对犯罪进行追究的机会，对惩罚犯罪和维护被害人权益是极为不利的。贯彻诉审分离原则，对检察机关工作质量的评价不能单纯以有罪判决率为判断标准。重构我国刑事起诉的证明标准，必须改变单纯以有罪判决率作为评价检察机关与检察官工作质量的标准的局面，废除检察机关承担赔偿责任的规定②，给检察机关“松绑”，以充分发挥检察机关控诉犯罪、维护社会秩序方面的作用。检察机关必须转变观念，正当行使起诉权，切实承担起追究犯罪的职责。还需要适当降低起诉的标准，以利于对犯罪的追诉。我们设想，这一标准可设计为，检察机关根据证据进行判断，认为有可能定罪时即应提起公诉。

在英国，起诉实行“百分之五十一规则”，指如果有罪判决的可能性大于无罪开释的可能性，此案即应起诉。

在美国，同时还强调对严重危害社会治安的犯罪的起诉。美国法律家协会制定的《刑事检控准则》第9条规定：“对于那些严重威胁社会公众的案件，即使检察官所在的司法管辖区的陪审团往往对被控犯有这类罪行的人宣告无罪，检察官也不得因此而不予起诉。”

在日本，检察官起诉时所依据的证据不一定要达到法院有罪判决所

---

① 其实它混淆了起诉权与审判权的界限。判决有罪与否取决于多种因素，属法院行使审判权的范畴，指控都获成功才是不正常的。检察机关对某些案件认为没有定罪把握决定不起诉时，更会导致人们对其控诉犯罪的公正性的怀疑。伴随着我国控辩式庭审方式改革的深入进行，将检察机关定位为公诉机关也就越来越成为司法改革的内在要求与外部呼声。

② 这需建立在将逮捕与羁押的批准权由检察机关转移给法院，设立专门的国家赔偿基金的改革设想基础之上。参见陈卫东、刘计划：《论检侦一体化改革与刑事审前程序之重构》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第8卷，北京，中国政法大学出版社，2001。

要求的证明程度，在检察实务中，将有犯罪嫌疑作为起诉的条件。“被嫌事实，有相当大的把握可能作出有罪判决时，认为是有犯罪嫌疑。”

第五节 证据规则

证据规则，又称证据法则，是指为了规范刑事诉讼中的证明活动而设定的，在诉讼证明过程中必须遵循的关于证据取舍和运用的法律规则，其目的是解决证据是否“合格”以及证明力的问题。证据规则与证据原则的区别在于证据原则是基础性的准则，而证据规则是具体运用某项证据而适用的准则。对诉讼主体的证明活动而言，证据规则有两方面的作用：一是在诉讼活动中规范诉讼各方的取证和举证行为；二是在根据证据认定事实时限制对证据的自由取舍。证据规则要求控、辩双方在符合程序正义观念的前提下，理性地收集和运用证据，公平地进行攻击和防御活动，控、辩双方按照证据规则进行的诉讼过程及其结果由此而具有正当性。与此同时，通过证据规则对法官形成内心确信过程进行有效制约，整个诉讼程序的中心——公正裁判的价值才真正得以实现。比较完善的证据规则，一方面有助于科学、准确地利用证据对案件进行实体处理；另一方面在制度层面上，它能够与诉讼制度乃至司法制度形成良性互动，体现程序正义的要求，有利于实现司法公正。

证据规则的产生和发展过程，与人类自身认识能力的进步息息相关。在古代神示证据制度中，“神的启示”不会受到现代意义上证据规则的限制；在中世纪的法定证据制度中，反映了一定认识规律的证据判断标准还很僵化，不能发挥法官主观能动性的证据规则实际上走向了设定规则者出发点的反面。随着欧洲近代资产阶级革命的胜利，法定证据制度被否定，但由于诉讼证明本身具有的内在规律的作用，证据规则得以不断发展。现代社会有普遍代表性的两大法系的证据制度，不仅都有证据规则的有关规定，而且具有趋同的趋势。

当然，从两大法系证据规则的具体内容来看，它们之间因受到诉讼基本结构的深刻影响而产生的差异也是不容忽视的，最明显的区别在于：英美法系国家的证据规则复杂而严格，如关于证明材料必须与案件实质性问题有关的相关性规则；关于不允许证人以意见或结论的形式提供证言的意见规则；关于防止难以辨认、不能质证的证据进入诉讼的传闻证据规则；关于禁止非法获取被告口供的供述自愿性规则；对非法获取的物证所采用的非法证据排除规则；对文件材料适用的最佳证据规则，等等。通常认为，英美法系国家刑事诉讼重视证据规则，一方面与其实行陪审制有关，因陪审员来自社会各界，大多不熟悉法律，为防止对陪审员的误导，法律不得不设置详细的规则，以限制当事人的举证活动。另一方面是在当事人主义对抗制模式下，两造对抗并推动诉讼的进行，对于诉讼双方的举证如不设立严格、具体的标准和规则，则当事人有可能随意使用证据，既容易模糊讼

争焦点，又容易拖延诉讼，增加诉讼成本。

大陆法系国家的证据规则相对而言简略而灵活，主要原因在于在职权主义诉讼模式中，一切证据虽然可以由控、辩双方提出，但在诉讼中两造不得自由立证，法官依法裁量何种证据应当在法庭上调查、何种证据可以不予置理，证据调查和诉讼推进完全受制于法官，因此虽无详尽的证据规则，仍不需担心诉讼拖延和争议点模糊。尤其是法官职权主义鼓励法官运用各种法律允许的方法主动发现证据、查明案件真相，这种实体真实主义的要求，也在一定程度上排斥那种严格而且程序化的证据规则的约束。因此，现代国家凡采法官职权主义者，都强调法官的自由心证而无详尽的证据规则。我国过去的刑事审判基本上采取的是法官职权主义推进方式，因此少有证据规则。随着《刑事诉讼法》的修改，审判方式改革的趋向是采用控辩式庭审方式，在控、辩双方（有时还包括被害人及其诉讼代理人）直接向法庭举证的情况下，必然要求有相应的证据规则。因此，研究、确立和遵守必要的证据规则，对实现庭审的有序化，保证刑事诉讼法科学与有效地运作，进而维护诉讼参与人的合法权益，均具有十分重要的意义。

一、非法证据排除规则

（一）非法证据概念的界定

非法证据是指办案人员违反法律规定的权限、程序或以其他不正当方法获得的证据。对于非法证据的法律效力问题，大体上有三种观点：

1. 否定说。这种观点主张，凡是以违反诉讼程序的方法获得的证据，无论真实与否，都不具有法律效力，不能作为定案的根据，应当完全排除。因为法律已明文规定“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗及其他非法方法收集证据”，这项规定应当得到严格的遵守和执行，否则就会助长违法行为，后患无穷。

2. 肯定说。这种观点认为应把非法手段与证据区别开来，对非法取证行为可视情节轻重予以追究、处理，但不能因手段非法而否认“客观真实”的“非法取得的证据”的价值。违法取得的证据材料，经查证属实的，具有证据能力，可以作为定案的证据。因为，我国证据制度的核心是“实事求是”，不能因为形式上的“非法”而否认其“实质上的真实性”。并且，这样做有助于防止因证据不足而放纵真正的犯罪分子，同时也不会使无辜的人被追究刑事责任。

3. 折中说。这种观点主张对非法取得的证据不能“一刀切”，而应分别不同情况区别对待。折中说学者对非法证据进行划分的方式又有不同，主要有以下三种：（1）线索转化说。这种观点认为非法证据不具有法律效力，但可以把它当作发现和收集刑事证据的线索，采用合法程序和方法重新取证，然后区别对待，去伪存真。（2）区别对待说。这种观点主张因证据类型的不同而区别对待，即非法取得的口供无效，因为刑事诉讼中，人的主观性的言词很难辨别真伪，采用非法手段获取的这些言词证据潜在的虚假性和违法性，远远大于通过相同方式获得的实物

证据的虚假性和违法性。而对于物证，因其不会因收集程序和方法非法而改变性质，故可以承认其证据效力。（3）原则排除加例外说。这种观点认为非法证据原则上不具有法律效力，但又存在若干例外，即在某些特殊情况下，非法证据有法律效力。还有学者具体设计了非法证据可以不予排除的例外情形。[①] 即：第一，排除非法证据，可能会危及国家重大利益（如国家安全、政权与统一）的。第二，公安、司法人员出于过失或情况紧急，缺少或未履行某种具体手续（如签名、盖章等），而不涉及公民人身权或者对公民人身权侵害显著轻微的，将其排除不利于维护正常社会秩序的。第三，以侵犯被告人的诉讼权利获得的实物证据，被告人申请采用的。第四，非法证据材料为无罪证明的。第五，综合各种因素（如非法取证行为时的条件、违法的严重程度、频发性，以及行为人主观心态、案件的性质及危害程度）而应当采用的其他情况。这些情形下非法取得的证据可以予以采用。

（二）我国非法证据排除规则

1. 我国现行非法证据排除规则

我国《刑事诉讼法》第 43 条规定："审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。"这一规定确立了严禁非法取证的原则，但对于非法收集的证据的效力，《刑事诉讼法》并无明文规定，最高人民法院和最高人民检察院的司法解释都有所规定。《高法解释》第 61 条明确规定："严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的根据。"《检察院规则》第 265 条作出了大致相同的规定："严禁以非法的方法收集证据。以刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法收集的犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言，不能作为指控犯罪的根据。"可见，目前我国非法证据排除规则是建立在证据材料的种类划分基础之上的，对于非法取得的言词证据，已明确排除；但对于属于这种情况的物证、书证等实物证据，并未规定排除。

2. 学者对非法证据排除规则在我国适用的态度

对于非法证据的态度，无疑体现出立法者的价值判断以及处理程序公正与实体公正二者关系的不同态度。这取决于国家对追诉犯罪和保护公民权利两种价值之间的权衡与选择，也取决于对程序正义的认识与重视程度。就目前而言，各国对于非法证据的态度就有很大区别。

在讨论非法证据问题的过程中，学者们的意见逐渐趋向一致。大多数学者认为我国应采用非法证据排除规则。理由是：首先，这是维护宪法尊严，保障公民

---

① 参见张惠芳、管晓静：《非法证据的法律效力探讨》，载《政法论丛》，1999（4）。

合法权利的要求。非法取证行为严重侵害公民的基本权利，导致公民对公安、司法机关产生信任危机，这种潜在的危险若不消除，对于一个国家的社会稳定、国际地位都会产生严重的负面影响。其次，这是保障诉讼程序公正，防止冤假错案发生的需要。非法取证的一个重大恶果就是可能诱发屈打成招，造成冤案、错案。程序正义有助于实体正义的实现，当两者发生冲突、不能并存时，实行程序公正优先是现代法治国家的选择。否则，一面让公民守法，另一面又为追究犯罪而自身违法，将严重损害法律的威信。最后，这有利于促进公安、司法人员严格执法，提高总体办案水平。在非法证据被排除适用的情况下，就遏制了非法证据产生的诱因，公安、司法人员为了及时、准确地办案，只能努力提高自身素质，提高办案能力。

建立非法证据排除规则的根本目的在于制止那些野蛮、残忍、不人道的非法取证方式和手段。这些非法行为都是和我国社会主义民主与法制的目标根本背离的，必须制止，这一点是毫无异议的。实践中，非法采取强制措施、非法搜查、非法扣押等非法侦查手段的滥用，严重侵犯了公民的宪法权利，已成为我国刑事司法领域制约法制化、民主化进程的主要症结。要制止这些行为，最经济、最有效的方法之一就是建立全面的非法证据排除规则。因为，非法取证的目的并非在于实施这种非法行为本身，而是利用这些非法取得的证据将被告人定罪。因此，制止这种行为最有效的方法是使这一目的不能实现。也就是说，无论言词证据，还是实物证据，只要是通过非法方法取得的，均应加以排除，不得作为证据使用。当然，为了实现犯罪控制与人权保护之间的平衡，应就非法获得的实物证据是否采用赋予法官一定的裁量权。

二、口供自愿性规则与口供补强规则

（一）口供自愿性规则及其保障

我国刑事诉讼法将犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解规定为一种独立的证据种类，理论上合称为口供。从立法上看，我国确立了一些关于口供的规则，但因缺乏立法上的保障条款，这些规则在某种程度上流于形式，特别是刑讯获得口供是司法实践中存在的一个突出问题。我国是采取以口供为中心的司法模式的国家，实践中定案更多地强调、依据口供。因此，侦查人员注重口供的收集，导致刑讯逼供的泛滥，不但侵犯人权，更易导致冤假错案。我国《刑事诉讼法》第 43 条规定，严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法收集证据。最高人民法院、最高人民检察院的有关司法解释均规定，以非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述不能作为指控犯罪的证据与定案的根据。从上述规定来看，我国法律体现了不被强迫自证其罪原则的精神。任何人不得被强迫通过自己的陈述证明自己有罪，是《联合国刑事司法准则》以及一些国际公约确定的一项基本原则，其核心要旨在于尊重犯罪嫌疑人、被告人供述的自愿性。从保障人权，解决刑讯逼

供以及以其他非法的方法收集口供问题出发，应赋予犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪的权利，确立口供（供述）自愿性规则，而这一规则与沉默权密切相关。

> 联合国于1966年通过的《公民权利和政治权利国际公约》第14条第3款规定了被刑事指控的人应当享有的最低限度的权利保障，其中（庚）项规定“不被强迫作不利于他自己的证言或被强迫承认有罪”（Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt），被称为不得强迫自证其罪原则。截至目前，《公民权利和政治权利国际公约》已经有一百五十余个成员国，也就是说，这个原则已经为世界上绝大多数国家所采纳。如美国联邦宪法第5条修正案规定：“任何人不得被强迫在任何刑事诉讼中作反对自己的证人。”不得强迫自证其罪的原则不仅适用于审判阶段，也适用于审前阶段，通常从犯罪嫌疑人、被告人被限制人身自由开始，包括在侦查和起诉阶段犯罪嫌疑人或被告人都不得被强迫向公安、司法人员作出不利于自己的陈述。
>
> 行使不被强迫自证其罪的权利有多种方式，最常见的是运用沉默权和供述自愿规则。不被强迫自证其罪是一项权利，沉默权是这一权利的表现形式，供述自愿规则是实现这个权利的方法。沉默权包括犯罪嫌疑人或被告人在审判时和审前沉默的权利，在现代更着重于在审前的侦查阶段沉默的权利。既然不被强迫，则面临审讯的人就有权保持沉默。沉默权既然是一种权利，那么行使这项权利就不应当有不利的后果，否则就不能算作权利，因此，从沉默权又可以推导出“不能因为沉默而得出对被告人不利的推论”的原则。口供自愿规则的含义是犯罪嫌疑人、被告人的陈述必须是出于自愿才可以用作证据，否则其陈述不能在法庭审理中采纳。不被强迫自证其罪在言词证据方面的表现方式是口供自愿规则。其逻辑关系是：因为不能强迫，所以陈述必须是自愿的。现代刑事司法理论和实务界，一般不再区分不被强迫自证其罪、口供自愿规则和沉默权。

对于在我国立法中要不要明确规定沉默权的问题，一种观点认为应当规定，其理由是沉默权制度体现了刑事诉讼公正的要求，有助于抑制并消除警察暴力，特别是遏制刑讯逼供；有助于加强控方责任，特别是体现了无罪推定的基本要求。另一种观点认为沉默权不利于有效打击犯罪，推行这一制度将放纵犯罪，使我国对犯罪的控制处于不利状态。此外，有人认为沉默权并不必然能遏制刑讯逼供，推行沉默权不符合国情，与我国侦查技术装备不相适应，是一种奢侈的、昂贵的诉讼制度设计。我们认为，沉默权代表诉讼发展方向，代表了诉讼文明和诉讼民主，应积极创造条件，为其在我国的确立，为我国加入《公民权利和政治权利国

际公约》等联合国刑事司法准则做准备。

为了保证犯罪嫌疑人、被告人不被强迫自证其罪，防止公安、司法人员以刑讯逼供等违法方式收集犯罪嫌疑人、被告人口供，应制定自愿供述的保障措施。我们认为，应当采取以下措施：

1. 履行告知义务。审判人员、检察人员、侦查人员在讯问犯罪嫌疑人、被告人前，应当告知其不被强迫自我归罪的权利以及如果供述将带来的法律后果。

2. 建立讯问时律师在场制度。律师在侦查人员讯问犯罪嫌疑人时在场是现代国家的通例，目的是协助犯罪嫌疑人行使诉讼权利，并实施对讯问的监督，是侦查活动合法性的重要保证。我国应建立讯问犯罪嫌疑人时律师在场制度。

为解决律师在场的问题，应当在侦查阶段设立值班律师制度。具体而言，每一看守所根据需要设立若干个值班律师，在讯问犯罪嫌疑人时，必须有律师在场。值班律师由各级司法行政部门从承担法律援助义务的律师中指派，具体轮值办法由司法行政部门制定。侦查部门应为值班律师提供必要的便利条件。如果犯罪嫌疑人已经聘请律师，其聘请律师有权在场，侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，应当提前通知律师讯问的时间、地点。侦查机关讯问犯罪嫌疑人后，在场律师应在讯问笔录上就讯问情况作出说明，并签字盖章。在法庭审理过程中，如果公诉人、辩护人、诉讼代理人提出申请的，法院应通知在场律师作为证人就讯问犯罪嫌疑人时的情况出庭作证。

3. 实现羁押处所的中立化。依据 1990 年 3 月 17 日国务院发布的《中华人民共和国看守所条例》第 2 条的规定，被逮捕人应羁押于公安机关管辖的看守所。公安机关管辖的看守所羁押犯罪嫌疑人具有很大的弊端。因为被羁押人事实上完全被侦查机关控制。犯罪嫌疑人被长时间羁押于公安机关的看守所，侦查难以受到真正的监督与有效的制约，使得侦查人员得以滥用权力，为取得口供而侵犯犯罪嫌疑人权利。实践中造成的后果是，羁押为讯问提供了便利，刑讯逼供、变相刑讯等侵犯犯罪嫌疑人合法权利的现象屡屡发生。由于我国法律没有赋予犯罪嫌疑人沉默权，加之犯罪嫌疑人得不到律师充分、有效的帮助，就更加恶化了犯罪嫌疑人的不利处境。

为切实保护犯罪嫌疑人的权利，减少乃至避免羁押所造成的对犯罪嫌疑人的不应有的侵害，必须改变羁押处所或者看守所的隶属关系，实现羁押处所的中立化，即由中立的机构如监狱或者其他非侦查机关控制的看守机构负责羁押。

4. 建立录音录像制度。为了保障犯罪嫌疑人在自愿的情况下提供供述，许多国家建立了录音录像制度。我国也应逐步建立讯问的录音录像制度。《公安部规定》第 184 条第 3 款规定，讯问犯罪嫌疑人，在文字记录的同时，可以根据需要录音、录像。

5. 对讯问实施限制。为了防止侦查人员搞疲劳战，应对连续讯问予以必要的限制。如规定侦查人员每次讯问犯罪嫌疑人的时间，两次讯问之间应当给予犯罪

嫌疑人一定的休息时间；或者规定 24 小时以内应保证犯罪嫌疑人吃饭、休息的时间不得少于一定的时间。

（二）口供补强法则

我国《刑事诉讼法》第 46 条规定："对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定被告人有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。"一般认为，上述法律规定确立了我国的补强证据规则，意指仅凭被告人供述不可定罪，只有被告人口供时，还必须有其他证据佐证，才可能定罪。其意义不仅在于防止以口供为中心的侦查活动导致的对公民权利的侵犯，而且也有利于防止被告人为及早解脱讼累或其他原因而自我归罪。

日本也奉行口供补强法则，其宪法第 38 条第 3 款规定，"对于任何人，在他本人的自白是不利于自己的唯一证据时，不能认定有罪或者处以刑罚"。《日本刑事诉讼法典》第 319 条第 2 款也规定，"不论被告人的自白是否在法庭上作出，该自白是不利于自己的唯一证据时，不能认定被告人有罪"。

补强证据规则在非共同犯罪案件中的适用不存在问题，而对于共同犯罪案件而言，对于如果同案犯罪嫌疑人、被告人只有彼此之间的口供，没有其他佐证不能定案，学界基本形成共识，而对于共同被告人没有同时受审，他们之间能否相互作为证人并由此定案，换言之，只有共同犯罪某一被告人口供，对其他被告人定罪时，是否需要其他证据予以补强，学术界存有争议，立法也并未对此作出专门规定。我们赞同不能定罪的观点。因为，同案被告人口供仍是口供，仍然适用证据补强规则。

三、最佳证据规则

最佳证据规则适用于书证，又称原始文书规则，指原始文字材料（包括录音、录像、摄影材料等）作为证据，其效力优于其复制品的效力，因而是最佳的。这是一项规定原始文字材料作为证据有优先权的原则。然而随着复制技术和计算机技术等现代科学技术的发展，最佳证据规则的运用出现了一些新的问题，例如如何确定从计算机数据储存中不同时间输出或打印出的材料是原始材料还是复制材料，等等。因此这一规则的现代运用已经产生了一些变化，如《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》对这一原则的规定大致可以概括为：（1）为证明文字、录音或照相的内容，要求提供该文字、录音或照相的原件，除非该证据规则或国会立法另有规定。原件包括该文字或录音材料本身，或者由制作人或签发人使其具有与原件同样效力的副本、复本。照相的原件包括底片或任何由底片冲印的胶片。任何从电脑中打印或输出的能准确翻印有关数据的可读物，均为原件。（2）复制品可与原件在同等程度上采纳，但对复制品是否忠实于原件产生疑问或以复制品替代原件采纳将导致不公正的除外。（3）在原件遗失或毁坏或无法获得的情况下，

不要求原件，关于该文书、录音或照相内容的其他证据可以采纳。

我国刑事诉讼法未对最佳证据规则作出特别规定。《高法解释》第 53 条规定："收集、调取的书证应当是原件。只有在取得原件确有困难时，才可以是副本或者复制件。收集、调取的物证应当是原物。只有在原物不便搬运、不易保存或者依法应当返还被害人时，才可以拍摄足以反映原物外形或者内容的照片、录像。"从而在司法解释中初步确立了最佳证据规则。值得注意的是，司法解释虽规定了书证必须是原件，但未排除非原件的法律效力，只是规定："书证的副本、复制件，物证的照片、录像，只有经与原件、原物核实无误或者经鉴定证明真实的，才具有与原件、原物同等的证明力。""制作书证的副本、复制件，拍摄物证的照片、录像以及对有关证据录音时，制作人不得少于二人。提供证据的副本、复制件及照片、音像制品应当附有关于制作过程的文字说明及原件、原物存放何处的说明，并由制作人签名或者盖章。"由于非原件的真实性有时难以认定，所以应尤其慎重。

四、传闻证据规则

关于证人证言，英美刑事证据法有所谓传闻证据规则和意见证据规则。

1. 传闻证据规则的含义

传闻证据规则就是非证人直接当庭陈述及无法质证的证言不得作为证据使用。英国学者 J. D. 海登根据表现形式将传闻证据分为以下两种：第一，当庭作证之证人以外的人所作的明示或默示主张；第二，向法庭提出的书证之中所包含的主张，包括亲身感受了案件事实的证人在庭审期日以外所作的书面证人证言，以及警察、检察官所作的（证人）询问笔录。但是，由于证人出庭以言词形式提供证言是直接言词原则的一般要求，而且在英美司法实践中，甚至实物证据也必须以证人证言的形式提出，所以，以书面记录代替证人出庭的第二类传闻证据在法治发达国家较为少见。在普通法上，传闻证据主要是指第一类传闻证据。在大陆法系国家，并不存在英美法系国家意义上的传闻证据规则。但是，在大陆法系国家，随着书面审理制度被废止，各国普遍将直接言词原则确立为法庭审理活动的基本原则。根据该原则，包括证人证言在内的所有证据必须在诉讼双方及法庭的参与下当庭进行调查，否则不得作为裁判的依据。这样，也就在实质上确定了传闻证据规则。值得注意的是，在普通法传统上，传闻证据规则适用的范围十分广泛，即使实物证据也必须由亲身感知的人以言词的形式提出于法庭，传闻证据规则同样影响着实物证据的证据资格。但是，在大陆法系国家，传闻证据规则只适用于亲身感知案件事实的证人的证言，至于实物证据，则应当庭出示或由法官亲临"勘验"。在范围上，我国学界认可的传闻证据规则基本上等同于大陆法系的传闻证据规则。

2. 传闻证据规则的理由

传闻证据被排除的理由有三。首先，证据材料受到了不适当的主观倾向的污

染，存在着复述不准确或伪造的可能。其次，传闻证据是未经宣誓提出的，又不受交叉询问，其真实性无法证实。但是，应当指出的是，排除传闻证据的基础并不在于其是否具有真实性，而在于此种真实性是否能够在程序中表现于外并得到认可，通俗地讲，即“不关注其是否真实，而是关注其是否能体现真实”。最后，传闻证据并非在裁判官前之陈述，违背了直接言词原则，同时也侵犯了对方的对质权。

3. 传闻证据规则的例外

英美法关于传闻证据规则的例外，学者们有不同的分类。《美国联邦证据规则》第 803 条和第 804 条规定了两种例外：一是陈述者可否作证无关紧要。二是陈述者不能到庭作证，不能出庭包括陈述者所处的以下情况：（1）被法院以免证权为由作出裁决，免除他就陈述的主要事项作证；（2）尽管法院命令他作证，他坚持拒绝就陈述的主要事项作证；（3）他作证说对陈述的主要事项丧失了记忆；（4）由于死亡或者正患身体上或精神上的疾病或者衰弱，他不能出席听证或作证；（5）他未出席听证，而陈述的建议者不能够通过传票或其他合理手段迫使他出庭。如果陈述者免除作证、拒绝作证、声称丧失记忆、无能力或者其缺席是陈述的建议者为了防止证人出庭或作证而策划或不法行为造成的，则陈述者不属于不能作为证人出庭的情况。第一种例外有 24 种情形：（1）表达感觉印象；（2）刺激的发泄；（3）当时存在的精神、感情或身体状态；（4）出于医疗诊断或治疗目的的陈述；（5）被记录的回忆；（6）关于日常行为、活动的记录；（7）在关于日常行为、活动的记录中没有记载；（8）公共记录或报告；（9）重要统计资料；（10）缺乏公共记录或没有记载；（11）宗教组织的记录；（12）婚姻、洗礼和类似证明；（13）家庭记录；（14）反映财产利益的文件记录；（15）文件中反映财产利益的陈述；（16）在陈年文件中的陈述；（17）市场报告，商业出版物；（18）学术论文；（19）关于个人或家庭历史的名声；（20）关于边界和一般历史的名声；（21）性格方面的名声；（22）先前定罪的判决；（23）关于个人、家庭或一般历史或边界的判决；（24）其他例外。第二类例外有五种情况：（1）先前证词；（2）临终陈述；（3）对己不利的陈述；（4）关于个人或家史的陈述；（5）因不法行为而丧失。

4. 中国刑事诉讼法关于传闻证据规则的规定

我国刑事诉讼法没有规定传闻证据规则，最高司法机关的司法解释也未能对该规则作出明确规定。在司法实践中，这种传闻证据的使用未得到禁止。证人陈述的情况可以是亲自看到或听到的，也可以是别人看到或听到后转告他的。证人陈述被告知案件事实，应当说清来源；说不清来源，或者道听途说的，不能作为证据。我国应建立传闻证据规则，以配合庭审制度改革后的交叉询问机制。当然，传闻证据规则也应该有例外。事实上，一个好的规则就是好在有适当的例外情况。传闻证据规则应建立哪些例外才最适合中国的国情，也是今后学理研究的内容。

五、意见证据规则

意见证据规则是指，证人作证只能陈述自己体验的过去的事实，而不能将自己的判断意见和推测作为证言的内容。意见证据规则的前提是区分事实和意见，一般说来，观察、体验的情况为事实，推测、判断的陈述为意见。

意见证据规则确立的理由是：(1) 认定事实、作出判断系法官职责所在，证人的责任在于提供法官据以判断事实的材料，而不能代行法官的判定职能。(2) 法庭需要证人提供其经验事实，而意见和推测并非证人的体验，因此在证据上并无用途，而且容易导致立法混乱，可能会因提供有偏见的推测意见而影响法官客观、公正地认定案件事实。

意见证据规则将作为证据的陈述分为两类：一类是体验陈述，指陈述人就自己所体验的事实而为之陈述；另一类是意见陈述，指其人依据特别知识和经验，陈述其判断某一事项之意见。前一类陈述为证人（包括被害人和被告人）的陈述；后一类陈述为鉴定人的陈述，即作为专家证人的专门人员以自己的专业知识与经验对案件特定问题予以判断而作的陈述。但在某些情况下，二者关系密切，难以完全分开。对于直接基于经验事实的某些常识性判断，往往不能作为意见证据加以排除。例如：某种状态，如车辆的快慢，人的感情等心理状态，物品的价值、数量、性质及色彩，等等，这些事实情况，实际上难以用非判断方式来表达。因此可以将其视为意见证据规则的现实性例外。

我国法律对证人意见可否作为证言的内容没有规定。在我国诉讼实践中，证人作证时，往往会加入自己的判断甚至推测。这并未为立法与实践所明确禁止。但是从《刑事诉讼法》的现行规定，即只有“知道案件情况的人”才有作证的义务，证人应当“如实地提供证言”等规定来理解，证言的内容应限于证人所了解的案件情况。与案件无关的事实以及证人对案件事实的分析、判断或者估计、猜测等，都不能作为证言的内容。

六、推定和司法认知

在刑事审判中，不是所有的事实都需要证据加以证明，对于一些日常生活中的道理、共知的事实，就无须证据证明，而可以由法庭进行推定和司法认知。推定与司法认知的对象，是无须证据证明的事实。

推定与司法认知是审判活动中重要的认证和审判方式，是证据规则的重要内容。为了运用推定与司法认知理论指导诉讼实践，需要以立法的形式进行规范。包括哪些事实可以通过推定与司法认知来直接认定，无须证据证明，如被告人精神正常、排除违法事由等等，均需以立法的形式作出较为具体的规定。推定与司法认知在我国司法实践中已有运用，但未有法律的明确规定，未实现立法化，因而缺乏明确的规范。为此，必须加强学理上的研究，尽快在立法上予以规定。

在我国刑事诉讼中，有必要建立以下推定[①]：

1. 绝对推定。包括：(1) 了解我国法律的推定。推定在我国领域内的人都了解我国法律规定，辩护方不得以不知道法律规定作为辩护理由。(2) 精神健全的人自愿并故意所做的行为，推定其预知其行为的后果。(3) 法院判决生效后，推定其为正确。

2. 可反驳的推定。包括：(1) 非法行为是基于非法目的进行的。(2) 持有最近被非法行为取走的物品的人是非法行为的行为者或者销赃者或者买赃者。(3) 身体精神健全。(4) 收到信件。一封以恰当方式邮出的信件可以推定已被收信人按时收到。(5) 知情推定。根据某种状况、状态、价格而推定行为人是知情的。如某人以明显低于市场价的价格买货，或在秘密场所或在深夜取货，可以推定其知情收买赃物。在强奸案中，奸淫不满 14 周岁的幼女，根据幼女的外貌、身体发育状态，可以推定犯罪嫌疑人、被告人明知被害人是幼女。(6) 某人持有或行使所有权的物品属该持有人所有。在贩毒案件中，持有毒品的人可推定其拥有该毒品。(7) 拒不回答不涉及案情问题的被嫌疑人，可作出对其不利或不清白的推定。被嫌疑人拒不回答自己的姓名、住址、年龄等不涉及案情的一般性问题，可以对其作出不利或不清白的推定。(8) 排除违法阻却事由以及责任阻却事由。

对于司法认知的范围也应作出规定。在证据法中，可确立的司法认知的范围包括：对于常识性或者已经被确证的事实，由法庭直接认定，而不需要进一步加以证明。具体而言，可以采用司法认知的事项主要包括以下事实：(1) 属于常识性的事实；(2) 其他判决认定的事实；(3) 法庭认为其他可以采用司法认知的事实。

【问题与思考】

1. 简述刑事证据的概念。
2. 简述刑事证据的种类。
3. 简述刑事证据的分类。
4. 简述刑事诉讼中的证明责任与举证责任。
5. 简述刑事诉讼中的证明标准。
6. 如何建立我国的非法证据排除规则？
7. 如何理解口供自愿规则以及口供补强规则？
8. 如何理解最佳证据规则、传闻证据规则、意见证据规则？

---

① 参见谢光永：《刑事证据规则研究》，中国人民大学 2001 年博士学位论文。

9. 如何理解推定与司法认知？

10. 案例讨论：

2004年11月17日凌晨，在甲市郊区的公路上，发生了一起交通肇事案件。接到报案后，甲市公安局迅速组织侦查人员赶往事故现场。现场有被害人的尸体和被害人骑的自行车，自行车已被摔坏，在尸体旁边留有被害人的大摊血迹。在离尸体不远处有汽车紧急刹车留下的摩擦痕迹。在被害人手腕上，带着一块上海牌手表，手表已经摔坏，时针指在6时05分。事故现场不远处有里程碑，证明事故发生地距甲市15公里。侦查人员对现场进行了勘验，拍摄了一张现场全景照片。经法医对被害人进行鉴定，作出的结论是：被害人系男性，40岁左右，身高177cm，根据其伤势可判断，被害人系被汽车撞击而死。公安局遂立案侦查，在侦查过程中，有位妇女张某对侦查人员说：她丈夫曾告诉她，交通事故发生时，他刚好路过离事故现场10米处，目击一辆解放牌大卡车撞倒被害人后，司机打开门看了看，然后开车飞速逃离现场，他看到司机是市化工厂驾驶员杨某。甲市交通管理局来往车辆登记记录表明，6时05分左右曾有两辆解放牌大卡车经过事故现场处，其中有一辆为甲市化工厂车辆，经侦查人员查看，该车上有一漆皮新脱落的痕迹。化工厂调度员证明司机杨某7日早晨驾车从乙市返回甲市，下车后脸上神色慌张；出车登记表证明司机杨某是7日6时10分回厂。侦查人员询问杨某与同车的陈某，两人均否认他们当天早上发生过交通事故。

问题：

（1）本案侦查人员收集到的证据分别属于证据种类中的哪一种？

（2）本案侦查人员收集到的证据中属于直接证据的有哪些？属于传来证据的有哪些？

（3）本案侦查人员收集到的证据中属于无罪证据的有哪些？属于言词证据的有哪些？

第九章
强制措施

第一节 强制措施概述
一、强制措施的概念和特点
二、强制措施的适用原则
三、强制措施的意义

第二节 拘　传
一、拘传的概念和特点
二、拘传的程序

第三节 取保候审、监视居住
一、取保候审
二、监视居住

第四节 拘　留
一、拘留的概念和特点
二、拘留的条件
三、拘留的程序

第五节 逮　捕
一、逮捕的概念和意义
二、逮捕的权限
三、逮捕的条件
四、逮捕的程序

第六节 强制措施的改革
一、背景概述
二、强制措施的宏观改革
三、强制措施的微观改革

本章概要

强制措施，是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行，而依法采取的对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由限制或者剥夺的各种强制性方法。

强制措施是一柄“双刃剑”，运用得当能保证刑事诉讼活动的顺利进行，运用不当则会侵犯公民的人身权利及财产权利，因此，公安、司法机关在具体操作过程中一定要遵循合法性、必要性、比例性和变更性原则。为此，我国刑事诉讼法中对各类强制措施的适用机关、适用对象或者条件和适用程序都进行了严格规定，这也是本章学习过程中应当重点把握的问题。

关键术语

强制措施　据传　取保候审　拘留　逮捕　保释　羁押

第一节　强制措施概述

一、强制措施的概念和特点

强制措施，是指公安机关、人民检察院和人民法院为了保证刑事诉讼的顺利进行，而依法采取的对刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人的人身自由限制或者剥夺的各种强制性方法。

我国刑事诉讼中的强制措施具有以下几个特点：

1. 有权适用强制措施的主体是公安机关、人民检察院和人民法院，其他任何国家机关、团体或个人都无权采取强制措施，否则即构成对公民人身权利的侵犯；情节严重的，构成犯罪。

2. 强制措施的适用对象是犯罪嫌疑人、被告人，对于诉讼参与人和案外人，不得采用强制措施。

3. 强制措施的内容是限制或者剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由，而不是对物的强制处分。

4. 强制措施的性质是预防性措施，而不是惩戒性措施。即适用强制措施的目的是保证刑事诉讼的顺利进行，防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查和审判，进行毁灭、伪造证据或继续犯罪等妨害刑事诉讼的行为。因此，强制措施同刑罚和行政处罚存在本质区别。

5. 强制措施是一种法定措施。我国刑事诉讼法对各种强制措施的适用机关、

适用条件和程序都进行了严格的规定，其目的是严格控制强制措施的适用，防止出现因为滥用强制措施而产生侵犯人权的负面效应。

6. 强制措施是一种临时性措施。随着刑事诉讼的进程，强制措施应根据案件的进展情况而予以变更或者解除。

二、强制措施的适用原则

适用强制措施的目的在于保障刑事诉讼的顺利进行，但在客观上会不同程度地限制甚至剥夺被适用对象的人身自由，如果适用不当，势必造成对公民合法权益的侵犯。因此，在适用强制措施时，必须坚持惩治犯罪与保障人权、严肃与谨慎相结合的方针。强制措施的适用要遵循以下几个原则：

第一，合法性原则。即各种强制措施，必须严格按照法律规定的批准权限、适用对象、条件、程序和期限适用。

第二，必要性原则。即各种强制措施，只有在为保证刑事诉讼的顺利进行而有必要时才能采取，不得随意适用强制措施，更不能将强制措施作为一种处罚予以适用。

第三，相当性原则。又称比例性原则，即适用何种强制措施，要与行为人的人身危险程度和犯罪的轻重程度相适应。

第四，变更性原则。即任何强制措施，随着诉讼的进展和案情的变化要及时进行变更或解除。

三、强制措施的意义

强制措施是一项重要的刑事诉讼制度，对于保证刑事诉讼的顺利进行具有重要的意义，具体来说，表现在以下几个方面：（1）可以防止犯罪嫌疑人、被告人逃避侦查、起诉和审判；（2）可以防止犯罪嫌疑人、被告人可能进行妨害迅速查明案情的活动；（3）可以防止犯罪嫌疑人、被告人继续进行犯罪活动；（4）可以防止犯罪嫌疑人、被告人自杀以及发生其他意外事件；（5）可以震慑犯罪分子，鼓励群众积极同犯罪行为作斗争，起到预防犯罪的作用。

第二节　拘　传

一、拘传的概念和特点

拘传，是指公安机关、人民检察院和人民法院对于未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人，依法强制其到案接受讯问的一种强制方法。它是我国刑事诉讼强制措施体系中强度最轻的一种，其法律渊源是《刑事诉讼法》第50条。

拘传的特点是：（1）拘传的对象是未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人。对于已

经拘留、逮捕的犯罪嫌疑人，可以直接进行讯问，不需要经过拘传程序。(2) 拘传的目的是强制就讯，而不是强制候侦、候诉、候审，因此拘传没有羁押的效力，在讯问后，应当将被拘传人立即放回。如果经过讯问，认为需要羁押被拘传人，则需要办理拘留手续。

拘传不同于传唤。传唤是指人民法院、人民检察院和公安机关使用传票通知犯罪嫌疑人、被告人在指定的时间自行到指定的地点接受讯问。拘传和传唤的目的是一致的，即都是要求犯罪嫌疑人、被告人按指定的时间、地点接受讯问。但两者具有很大的不同：

首先，强制力不同。传唤是自动到案，拘传则是强制到案，拘传的强度要比传唤的强度大得多，因此拘传是一种强制措施，传唤则不是一种强制措施。其次，适用的对象不同。传唤适用于所有当事人，包括犯罪嫌疑人、被告人、自诉人、被害人、附带民事诉讼的原告人和被告人。拘传则仅适用于犯罪嫌疑人、被告人。

在实践中，拘传一般是在传唤以后采用的，即当传唤以后，犯罪嫌疑人、被告人无正当理由而不到案时，才适用拘传。所谓正当理由，指被传唤人患有重病、出门在外或因不可抗力被阻断交通等。但是根据《刑事诉讼法》第 50 条规定的精神，也可以根据案件的具体情况，不经传唤，直接拘传犯罪嫌疑人、被告人。

二、拘传的程序

根据《刑事诉讼法》、《公安部规定》、《检察院规则》和《高法解释》的有关规定，拘传应按下列程序进行：

1. 拘传应当由案件的经办人提出申请，填写“呈请拘传报告书”并经本部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民检察院检察长、人民法院院长批准，签发“拘传证”（法院称之为拘传票）。“拘传证”上应载明被拘传人的姓名、性别、年龄、籍贯、住址、工作单位、案由、接受讯问的时间和地点，以及拘传的理由。

2. 根据《刑事诉讼法》第 92 条的规定，拘传应当在被拘传人所在的市、县内进行。公安机关、人民检察院或人民法院在本辖区以外拘传犯罪嫌疑人、被告人的，应当通知当地的公安机关、人民检察院或人民法院，当地的公安机关、人民检察院、人民法院应当予以协助。

3. 拘传时，应当向被拘传人出示“拘传证”。执行拘传的公安或者司法人员不得少于 2 人。对于抗拒拘传的，可以使用诸如警棍、警绳、手铐等戒具，强制到案。

4. 犯罪嫌疑人到案后，应当责令其在“拘传证”上填写到案时间，然后应当立即进行讯问。讯问结束后，应当由其在“拘传证”上填写讯问结束时间。犯罪嫌疑人拒绝填写的，侦查人员应当在“拘传证”上注明。

5. 讯问结束后，如果被拘传人符合其他强制措施如拘留、逮捕条件的，应当

依法采取其他强制措施。如果不需要采取其他强制措施的，应当将其放回，恢复其人身自由。

6. 一次拘传的时间不得超过 12 小时，不得以连续拘传的方式变相羁押被拘传人。

第三节 取保候审、监视居住

一、取保候审

（一）取保候审的概念和种类

取保候审，是指在刑事诉讼过程中，由犯罪嫌疑人、被告人或者法律规定的其他有关人员提出申请，经人民法院、人民检察院和公安机关同意后，责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金，保证犯罪嫌疑人、被告人不逃避或妨碍侦查、起诉和审判，并随传随到的一种强制方法。《刑事诉讼法》第 50～56 条和第 58 条对取保候审进行了全面的规定。

根据取保候审的方式的不同，我国刑事诉讼法规定了两种取保候审：一种是保证人保证方式的取保候审；另一种是保证金保证方式的取保候审。保证人保证的特点是以保证人的信誉等来保证，不涉及金钱。一方面可以通过保证人和犯罪嫌疑人、被告人之间的关系，对犯罪嫌疑人、被告人实行精神上和心理上的强制，使其不致逃避或妨碍侦查、起诉和审判；另一方面，可以利用保证人监督犯罪嫌疑人、被告人的活动，监督、教育犯罪嫌疑人、被告人遵纪守法，履行应当履行的诉讼义务。保证金保证的特点是，利用经济利益来制约犯罪嫌疑人、被告人，促使其遵守取保候审的规定，促使出资人对被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人实行有效的监督，从而保证被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人自觉地履行自己在刑事诉讼中的义务。

根据《刑事诉讼法》第 53 条和《六机关规定》第 21 条，保证人保证和保证金保证是选择关系，而不是集合关系。因此，从立法精神上看，这两种方式只能根据案件的具体情况，诸如涉嫌犯罪或被指控犯罪的性质，保证人的情况，犯罪嫌疑人、被告人的经济状况等因素来决定择其一而用之，而不能同时适用。此外，根据《高法解释》第 69 条的规定，下列两种人员一般适用保证人保证的方式，而不适用保证金保证的方式：（1）无力交纳保证金的；（2）未成年人或者具有其他不宜收取保证金情形的。

（二）取保候审的适用对象

取保候审，只是限制而不是剥夺犯罪嫌疑人、被告人的人身自由，是一种强度较轻的强制措施。根据《刑事诉讼法》第 51 条的规定，取保候审在一般情况下，适用于可能判处管制、拘役或者独立适用附加刑的犯罪嫌疑人、被告人，或

者虽然可能判处有期徒刑以上刑罚，但采取取保候审不致发生社会危险性的犯罪嫌疑人、被告人。

但是，考虑到刑事诉讼的复杂情况，《刑事诉讼法》第 60 条、第 65 条、第 69 条、第 74 条和第 75 条，《公安部规定》第 63 条，《检察院规则》第 37 条以及《高法解释》第 66 条等，又对一些特殊情况下的取保候审问题作了规定。这些特殊情况是：(1) 应当逮捕，但患有严重疾病的，可以取保候审。(2) 应当逮捕，但正在怀孕、哺乳自己不满一周岁的婴儿的妇女，可以取保候审。(3) 对拘留的犯罪嫌疑人不符合逮捕条件的，公安机关可以决定取保候审。(4) 提请逮捕后，检察机关不批准逮捕，需要复议、复核的，公安机关可以决定取保候审。(5) 移送起诉后，检察机关决定不起诉，需要复议、复核的，公安机关可以决定取保候审。(6) 犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在刑事诉讼法规定的侦查期限内、审查起诉期限内、一审和二审期限内办结的，对犯罪嫌疑人、被告人可以取保候审。(7) 持有有效护照和有效出入境证件，可能出境逃避侦查，但不需要逮捕的，可以取保候审。

对于取保候审的适用对象，除了上述法律规定以外，《公安部规定》和《检察院规则》还对不能适用取保候审的情形作了明确规定。《公安部规定》第 64 条规定："对累犯、犯罪集团的主犯，以自伤、自残办法逃避侦查的犯罪嫌疑人，危害国家安全的犯罪、暴力犯罪，以及其他严重犯罪的犯罪嫌疑人，不得取保候审。"《检察院规则》第 38 条规定："人民检察院对于严重危害社会治安的犯罪嫌疑人，以及其他犯罪性质恶劣、情节严重的犯罪嫌疑人不得取保候审。"

（三）取保候审的程序

1. 取保候审的申请

根据《刑事诉讼法》第 52、96 条以及《律师法》第 28 条的规定，有权提出取保候审申请的人员包括：犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属和犯罪嫌疑人聘请的律师。取保候审的申请一般应以书面形式提出，只有在特殊情况下，才允许使用口头形式。

2. 保证人和保证金

犯罪嫌疑人、被告人或者其法定代理人、近亲属、被聘请的律师提出取保候审的申请以后，对符合取保候审条件的，公安、司法机关应当责令犯罪嫌疑人、被告人提出保证人或者交纳保证金。

根据《刑事诉讼法》第 54 条的规定，保证人的条件是：(1) 与本案无牵连；(2) 有能力履行保证义务；(3) 享有政治权利，人身自由未受限制；(4) 有固定的住处和收入。公安、司法机关对于保证人的这四个方面的条件要严格审查，只有经审查合格的，才有资格作保证人。犯罪嫌疑人、被告人的保证人应当保证监督被保证人遵守《刑事诉讼法》第 56 条要求在取保候审期间应当遵守的规定，发现被保证人可能发生或者已经发生违反该规定的行为的，有及时向执行机关报告

的义务。然后，要由保证人填写“保证书”，并在“保证书”上签名或者盖章。

对于使用保证金形式保证的，在责令犯罪嫌疑人、被告人交纳保证金前，公安机关、人民检察院、人民法院需要确定保证金的数额。刑事诉讼法中对保证金的具体数额没有规定，《公安部规定》第75条规定：“保证金的数额应当根据当地的经济发展水平、犯罪嫌疑人的经济状况、案件的性质、情节、社会危害性以及可能判处刑罚的轻重等情况，综合考虑确定。”《检察院规则》第44条只对保证金的下限数额作出了规定（1 000元），对上限数额则没有作出规定。我们认为，取保候审毕竟在一般情况下是适用于罪行较轻的案件的，在强制措施体系中，取保候审较之于拘留、逮捕在强度上更轻，所以保证金不宜过重。我国批准加入的《公民权利和政治权利国际公约》中将收取过重保证金作为侵犯人权的表现而予以禁止。同时，保证金过重也容易影响赃款、赃物的追缴工作。保证金可以由被保证人以自己的财产提供，也可以由被保证人的法定代理人、近亲属或者其他人提供，但必须以人民币的形式或者可以在中国金融机构兑换的货币的形式向公安、司法机关指定的银行专户交纳（参见《公安部规定》第75条第2款、第76条）。

3. 取保候审的决定

公安机关、人民检察院、人民法院决定对犯罪嫌疑人、被告人取保候审时，由办案人员提出“取保候审意见书”，经办案部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民检察院检察长或者人民法院院长审批。

批准取保候审的程序是，由办案人员填写“取保候审决定书”和“执行取保候审通知书”，经办案部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民检察院检察长或者人民法院院长签发。

4. 取保候审的执行

根据《刑事诉讼法》第51条的规定，取保候审由公安机关执行。所以，如果是人民检察院和人民法院决定的取保候审，应当将“取保候审决定书”和“执行取保候审通知书”送达公安机关，由公安机关执行。以保证人方式保证的，还应当将保证人的“保证书”同时送达公安机关。

公安机关在执行取保候审时，应当向取保候审的犯罪嫌疑人、被告人宣读“取保候审决定书”，由犯罪嫌疑人、被告人签名或者盖章，责令被取保候审的人应当遵守规定，并告知其违反规定应负的法律责任。

根据《刑事诉讼法》第56条，被取保候审的犯罪嫌疑人、被告人，在取保候审期间应当遵守下列规定：（1）未经执行机关批准不得离开所居住的市、县；（2）在传讯的时候及时到案；（3）不得以任何方式干扰证人作证；（4）不得毁灭、伪造证据或者串供。

在取保候审执行期间，如果被保证人有违反上述规定的义务的行为，保证人未及时报告的，将对保证人处以一定的罚款。根据案件的事实，确已构成犯罪的犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间逃匿的，如果保证人与该犯罪嫌疑人、被告

人串通，协助他逃匿，以及明知他的藏匿地点而拒不将他找回，或者拒绝向公安、司法机关提供该地点的，应当依法追究保证人的刑事责任。如果符合上述情况，并且取保候审的犯罪嫌疑人、被告人同时也是附带民事诉讼的被告人，保证人还应当承担连带赔偿责任。

对于人民法院和人民检察院决定的取保候审，如果执行机关发现犯罪嫌疑人、被告人在取保候审期间有违反《刑事诉讼法》第 56 条规定的行为的，应当及时通知作出取保候审决定的人民法院和人民检察院；如果执行机关发现保证人没有履行《刑事诉讼法》规定的义务的，也应及时通知作出取保候审决定的人民法院和人民检察院。

被取保候审的人，在取保候审期间遵守了《刑事诉讼法》第 56 条的规定，如果是以保证金形式提供担保的，应当将其保证金退还；如果违反了该条规定的义务，则应没收保证金，并根据案件的具体情况，责令犯罪嫌疑人、被告人具结悔过，重新交纳保证金或提出保证人。对于不宜再取保候审的，采取监视居住；符合逮捕条件的，应当依法予以逮捕。

5. 取保候审的期限

根据《刑事诉讼法》第 58 条的规定，取保候审最长不超过 12 个月，在此期限内不得中断对案件的侦查、起诉和审判。取保候审超过期限的，犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、被告人委托的律师及其他辩护人，有权向作出取保候审决定的人民法院、人民检察院和公安机关提出申诉，要求解除取保候审。经审查确实超过法定期限的，应当解除取保候审。

我们认为，取保候审不管是哪一个机关作出的，只要没有变更为其他强制措施，其效力就应当持续到审判终结，其他机关不应作出重新取保候审的决定，因为取保的目的是“候审”，而不是“候侦”、“候诉”。因此，《检察院规则》第 56 条关于人民检察院对于公安机关已经取保候审的犯罪嫌疑人可以重新进行取保候审，且重新计算取保候审期限的规定，是值得商榷的。

6. 取保候审的撤销

取保候审期限届满，或者发现有《刑事诉讼法》第 15 条规定的不应当追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任的情形的，或者案件已经办结的，应当撤销取保候审。由办案人员填写“撤销取保候审通知书”，经办案部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民法院院长、人民检察院检察长批准签发。如果是通过保证人保证的，应当通知保证人解除保证义务。如果是由人民检察院和人民法院决定撤销取保候审的，人民检察院和人民法院还应当通知公安机关。

二、监视居住

（一）监视居住的概念和适用对象

监视居住，是指人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼过程中对犯罪

嫌疑人、被告人采用的，命令其不得擅自离开住所或者居所，并对其活动予以监视和控制的一种强制方法。根据《刑事诉讼法》第 51 条的规定，监视居住和取保候审的适用对象相同，凡是能适用取保候审的，也能适用监视居住，但是取保候审和监视居住不能同时并用，只能择其一而用之。对于在什么情况下采取取保候审，什么情况下选择监视居住，法律上没有规定，要根据案件的具体情况决定。但实践中的一般做法是在犯罪嫌疑人、被告人既提不出保证人，又交纳不起保证金时，才采用监视居住。

（二）监视居住的程序

1. 监视居住的决定

人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人采取监视居住，应当由办案人员提出"监视居住意见书"，经办案部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民检察院检察长、人民法院院长批准，制作"监视居住决定书"和"执行监视居住通知书"。

2. 监视居住的执行

监视居住由公安机关执行。对于人民法院和人民检察院决定的监视居住，人民法院和人民检察院应当将"监视居住决定书"和"执行监视居住通知书"及时送达公安机关。

公安机关开始执行监视居住时，应当向被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人宣读"监视居住决定书"，由犯罪嫌疑人、被告人签名或盖章，并告知被监视居住对象应当遵守的法律规定，以及违反法律规定应负的法律责任。

根据《刑事诉讼法》第 57 条的规定，被监视居住的人在监视居住期间应当遵守下列规定：（1）未经执行机关批准不得离开住处，无固定住处的，未经批准不得离开指定的居所。所谓住处，是指犯罪嫌疑人、被告人在办案机关所在的市、县内生活的住所。所谓居所，是指办案机关根据案件情况，在办案机关所在的市、县内给被监视居住人指定的生活居所。如果被监视居住人有正当理由要求离开住所或指定的居所，必须经过公安机关批准。人民法院、人民检察院决定监视居住的，公安机关在作出批准决定前，应当征得决定机关同意。所谓正当理由，是指被监视居住人有治病、奔丧等正当事由。（2）未经执行机关批准不得会见他人。这里的"他人"是指与被监视居住人共同居住的家庭成员和聘请的律师以外的人。被监视居住人如果要会见他人，必须经过执行机关批准方能会见。（3）在传讯的时候及时到案。（4）不得以任何形式干扰证人作证。（5）不得毁灭、伪造证据或者串供。

公安机关执行监视居住时，如果发现被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人有违反上述规定的，应当立即采取措施，情节严重的，予以逮捕。如果是人民检察院或者人民法院决定监视居住的，还应当及时向作出监视居住决定的人民法院或者人民检察院报告。根据《公安部规定》第 99 条的规定，情节严重是指具有下列情

形之一的行为：（1）在监视居住期间逃跑的；（2）以暴力、威胁方法干扰证人作证的；（3）毁灭、伪造证据或者串供的；（4）在监视居住期间又进行犯罪活动的；（5）实施其他严重违反《刑事诉讼法》第 97 条规定的行为，情节严重的。

3. 监视居住的期限

根据《刑事诉讼法》第 58 条的规定，监视居住不得超过 6 个月，在监视居住期间，不得中断对案件的侦查、起诉和审判工作。对犯罪嫌疑人、被告人监视居住超过法定期限的，犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者犯罪嫌疑人、被告人委托的律师及其他辩护人，有权向人民法院、人民检察院、公安机关提出申诉，要求撤销监视居住。经审查情况属实的，应对犯罪嫌疑人、被告人撤销监视居住。

4. 监视居住的撤销

监视居住期限届满，或发现有《刑事诉讼法》第 15 条规定的不应当追究犯罪嫌疑人、被告人的刑事责任的情形的，应当撤销监视居住。撤销监视居住，应当由办案人员填写“撤销监视居住通知书”，经办案部门负责人审核后，由县级以上公安局局长、人民检察院检察长、人民法院院长批准签发。撤销监视居住的决定，应当通知被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人。人民检察院、人民法院撤销监视居住的，应当将“撤销监视居住通知书”送达负责执行的公安机关。

第四节　拘　留

一、拘留的概念和特点

拘留，是指公安机关、人民检察院在侦查过程中，在紧急情况下，依法临时剥夺某些现行犯或者重大嫌疑分子的人身自由的一种强制措施。

拘留有以下几个特点：

1. 有权决定采取拘留的机关一般是公安机关；人民检察院在自侦案件中，对于犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的，以及有毁灭、伪造证据或者串供可能的，也有权决定拘留；人民法院则无权决定拘留。不管是公安机关决定的拘留，还是人民检察院决定的拘留，都一律由公安机关执行。

2. 拘留是在紧急情况下采用的一种处置办法。只有在紧急情况下，来不及办理逮捕手续而又需要马上剥夺现行犯或者重大嫌疑分子的人身自由时，才能采取拘留；如果没有紧急情况，公安机关、人民检察院有时间办理逮捕的手续的，就不能先行拘留。

3. 拘留是一种临时性措施。因此，拘留的期限较短。随着诉讼的进展，拘留一定要发生变更，或者转为逮捕，或者采取取保候审或监视居住，或者释放被拘留的人。

二、拘留的条件

刑事拘留必须同时具备两个条件：其一，拘留的对象是现行犯或者是重大嫌疑分子。现行犯是指正在进行犯罪的人，重大嫌疑分子是指有证据证明具有重大犯罪嫌疑的人。其二，具有法定的紧急情形之一。对于何谓紧急情形，《刑事诉讼法》第 61 条和第 132 条分别对公安机关的拘留与人民检察院的拘留作出了不同的规定。

根据《刑事诉讼法》第 61 条的规定，公安机关对于具有下列紧急情形之一的，即可进行拘留：（1）正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；（2）被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；（3）在身边或者住处发现有犯罪证据的；（4）犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的；（5）有毁灭、伪造证据或者串供可能的；（6）不讲真实姓名、住址，身份不明的；（7）有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

根据《刑事诉讼法》第 132 条的规定，人民检察院在直接受理的案件的侦查过程中，有权在上述第四、五种情形下，决定拘留犯罪嫌疑人。

三、拘留的程序

（一）拘留的决定

在司法实践中，如果公安机关依法需要拘留现行犯或者重大嫌疑分子，由公安机关承办案件的部门填写“呈请拘留报告书”，由县级以上公安机关负责人批准，签发“拘留证”，然后由提请批准拘留的部门负责执行。

人民检察院决定拘留的案件，应当由办案人员提出意见，经办案部门负责人审核后，由检察长决定。决定拘留的，人民检察院应当将拘留的决定书送交公安机关，由公安机关负责执行。

（二）拘留的执行

拘留由公安机关负责执行。执行拘留时，应当注意以下几个问题：

1. 执行拘留的时候，必须向被拘留人出示“拘留证”，宣布拘留，并责令被拘留人在“拘留证”上签名或按手印。执行拘留时，如遇有反抗，可以使用武器和戒具等强制方法，但一定要适度，以使其就缚为限度。

2. 公安机关在异地执行拘留的时候，应当通知被拘留人所在地的公安机关。被拘留人所在地的公安机关应当在人员、车辆、查找被拘留人等方面予以配合。

3. 公安机关对于被拘留的人，应当在 24 小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，应当立即释放，发给释放证明；对于需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。对于人民检察院决定拘留的人，由人民检察院负责讯问。

4. 公安机关在拘留后，除有碍侦查或者无法通知的情形外，应当在 24 小时以

内将拘留的原因和羁押的处所通知被拘留人的家属或者他的所在单位。没有通知的，应当将没有通知的原因记录在案。在司法实践中，常见的有碍侦查和无法通知的情形主要有：（1）结伙作案的同伙尚未抓获，他们闻讯后可能逃跑、隐匿、毁弃或者伪造证据的；（2）结伙作案的其他同伙有待查证或尚未采取相应的措施的；（3）被拘留人不讲真实姓名、住址，身份不明的；（4）被拘留人的家属或者单位其他人同本案有牵连的。当上述有碍侦查和无法通知的情形消除后，应当立即通知。对于人民检察院决定拘留的案件，由人民检察院负责通知。

5. 公安机关决定拘留的案件，在执行拘留后，认为需要逮捕的，应当在拘留后 3 日以内，提请人民检察院审查批准；在特殊情况下，提请审查批准的时间可以延长 1 日至 4 日。对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至 30 日。如果加上人民检察院审查批捕的 7 日期限，那么，公安机关决定的拘留的期限一般为 10 日，特殊情况为 14 日，流窜作案、多次作案、结伙作案的为 37 日。人民检察院对于直接受理、侦查的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在 10 日以内作出决定；在特殊情况下，可以延长 1 日至 4 日。《刑事诉讼法》第 75 条规定：对于超期拘留的，被拘留人及其法定代理人、近亲属或者被拘留人委托的律师，有权要求释放被拘留人或者变更强制措施。有关机关应当予以释放或者依法变更强制措施。但是，根据《公安部规定》第 112 条，犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明，在 30 日内不能查清提请批准逮捕的，经县级以上公安机关负责人批准，拘留期限自查清其身份之日起计算，但不得停止对其犯罪行为的侦查。

第五节 逮 捕

一、逮捕的概念和意义

逮捕，是指公安机关、人民检察院和人民法院为防止犯罪嫌疑人或者被告人逃避侦查、起诉和审判，进行妨碍刑事诉讼的行为，或者发生社会危险，而依法剥夺其人身自由，予以羁押的一种强制措施。

逮捕是刑事诉讼强制措施中最严厉的一种，它不仅剥夺了犯罪嫌疑人、被告人的人身自由，而且逮捕后除发现不应当追究刑事责任和符合变更强制措施的条件的以外，对被逮捕人的羁押一般要到人民法院的判决生效为止。正确、及时地适用逮捕措施，可以发挥其打击犯罪、维护社会秩序的重要作用，有效地防止犯罪嫌疑人或者被告人串供、毁灭或者伪造证据、自杀、逃跑或继续犯罪，有助于全面收集证据、查明案情、证实犯罪，保障侦查、起诉、审判活动的顺利进行。所以，逮捕是同犯罪作斗争的重要手段。但是，如果用得不好，错捕、滥捕，又会伤害无辜，侵犯公民的人身权利和民主权利，破坏社会主义法制的尊严和权威，

损害公安、司法机关的威信。因此，必须坚持“少捕”和“慎捕”的刑事政策，切实做到不枉不纵，既不能该捕不捕，也不能以捕代侦，任意逮捕。对无罪而错捕的，要依照《国家赔偿法》的规定对受害人予以赔偿。

二、逮捕的权限

根据《宪法》第37条和《刑事诉讼法》第59条的规定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过人民检察院批准或者人民法院决定，由公安机关执行。由此可见，在我国刑事诉讼中，逮捕的批准或者决定权和执行权是分离的，这主要是为了发挥公安、司法机关之间的相互制约和监督，保证逮捕的质量，防止出现错捕、滥捕等侵犯公民人身权利的现象。

人民检察院批准逮捕，是指公安机关侦查的案件需要逮捕犯罪嫌疑人的，提请人民检察院审查批准。人民检察院决定逮捕，是指人民检察院直接受理、侦查的案件需要逮捕犯罪嫌疑人的，自行作出决定。人民法院决定逮捕，是指人民法院在审理刑事案件的过程中，根据案件的需要而自行作出决定的逮捕。这种情况一般是指人民法院受理的公诉案件的被告人未被羁押，在审理过程中发现有逮捕必要的，以及人民法院在审理自诉案件的过程中，对于可能判处有期徒刑以上的被告人，发现其确实企图自杀、逃跑或者可能毁灭、伪造证据或者继续犯罪的等。

三、逮捕的条件

我国《刑事诉讼法》第60条第1款规定：“对有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，应即依法逮捕。”这一规定明确了逮捕的三个条件：一是证据条件，二是罪责条件，三是人身危险性条件。

1. 证据条件。逮捕的证据条件是有证据证明有犯罪事实。何谓有证据证明有犯罪事实，在理论界曾有过不同的看法，《六机关规定》第26条第1款对这一问题作出了联合、统一解释：“‘有证据证明有犯罪事实’，是指同时具备下列情形：（一）有证据证明发生了犯罪事实；（二）有证据证明犯罪事实是犯罪嫌疑人实施的；（三）证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实的。”该条规定第2款还进一步指出：“犯罪事实可以是犯罪嫌疑人实施的数个犯罪行为中的一个。”这就意味着，如果犯罪嫌疑人犯有数罪，只要有一个犯罪事实有证据证明，就可以逮捕。

我国刑事诉讼中的逮捕与西方国家的逮捕在含义上不尽相同。西方国家的逮捕仅指逮捕行为，而不必然引起羁押，我国刑事诉讼中的逮捕则既包括逮捕行为，又包括逮捕以后的羁押状态。所以，在理解逮捕的证据条件时，应当从严掌握，不管对逮捕的证据条件作何种解释，都必须达到能够证明被逮捕人有重大犯罪嫌疑的程度，否则，容易造成错捕、滥捕。

2. 罪责条件。逮捕的罪责条件是可能判处有期徒刑以上刑罚。即根据已有证

据证明的案件事实，比照刑法的有关规定，衡量其所犯罪行，最低也要判处有期徒刑以上的刑罚。如果只可能判处管制、拘役、独立适用附加刑，不可能判处有期徒刑以上的刑罚的，就不能采用逮捕。司法实践中，对于那些可能判处有期徒刑缓刑的犯罪嫌疑人或被告人，一般也不采用逮捕。这一条件表明，逮捕作为一种最为严厉的强制措施，只能对一些比较严重的犯罪采用，对一些罪行较轻的犯罪就不宜采用。这主要是考虑到，逮捕实质上剥夺了犯罪嫌疑人、被告人的人身自由，其在强度上已经达到了徒刑的程度，强调该条件，可以使逮捕的羁押期限折抵在判处的刑期之内，将逮捕的负面效应减小到最低限度。

3. 人身危险性条件。逮捕的人身危险性条件是，采取取保候审、监视居住强制措施，不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要。司法实践中，在考察犯罪嫌疑人、被告人的人身危险性时，一般要考虑以下几点因素：（1）案件的性质。一般来说，案件性质严重，作案人的主观恶性大，其社会危险性也大。（2）犯罪嫌疑人、被告人自身情况。主要指是多次犯罪还是偶然犯罪，故意犯罪还是过失犯罪，一贯表现如何，有无固定职业，犯罪时的年龄，犯罪后有无悔罪表现等。（3）案件的其他情况。包括：同案人是否被抓获，案件中重要的证据是否已收集在案，犯罪嫌疑人、被告人是否知道举报人、证人的姓名和住址，等等。

逮捕犯罪嫌疑人、被告人的上述三个条件相互联系、缺一不可。只有犯罪嫌疑人、被告人同时具备这三个条件，才能对其逮捕。只有严格掌握逮捕条件，才能够防止错捕和滥捕现象的发生。

四、逮捕的程序

（一）逮捕的批准、决定程序

1. 人民检察院对公安机关提请逮捕犯罪嫌疑人的批准程序

公安机关认为需要逮捕犯罪嫌疑人时，由立案侦查的单位制作“提请批准逮捕书”，经县级以上公安机关负责人签署后，连同案卷材料和证据一并移送同级人民检察院，提请批准。

检察机关在接到公安机关的报捕材料后，采取办案人员阅卷、审查批捕部门负责人审核、由检察长决定的方法进行审查，审查的重点是，根据报捕的材料，是否具备逮捕的条件。对重大、疑难案件的审查批捕，应当交由检察委员会讨论决定。

检察机关应当自接到公安机关提请批准逮捕书后的 7 日以内，分别作出以下决定：

（1）对于符合逮捕条件的，作出批准逮捕的决定，制作批准逮捕决定书。

（2）对于不符合逮捕条件的，作出不批准逮捕的决定，制作不批准逮捕决定书，说明不批准逮捕的理由；需要补充侦查的，应当同时通知公安机关。对于不批准逮捕的，公安机关在接到人民检察院不批准逮捕的通知后，对于被拘留的对象，应当立即释放。对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，

依法取保候审或者监视居住。如果公安机关不同意人民检察院不批准逮捕的决定，可以要求人民检察院复议。如果公安机关的意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。上级人民检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。在复议、复核期间，对于已经被拘留的对象，公安机关必须释放。

2. 人民检察院决定逮捕的程序

人民检察院决定逮捕犯罪嫌疑人有以下两种情况：

(1) 对于人民检察院自己立案侦查的案件，侦查与逮捕应该分别由不同的部门负责，以加强人民检察院的内部制约。人民检察院对于自己立案侦查的案件需要采取逮捕措施的，先由侦查部门填写“逮捕犯罪嫌疑人审批表”，连同案卷材料和证据一起移送审查批捕部门审查，由检察长决定。对重大、疑难、复杂案件的犯罪嫌疑人的逮捕，提交检察委员会讨论决定。

(2) 人民检察院对于公安机关移送起诉的案件认为需要逮捕的，由审查起诉部门填写“逮捕犯罪嫌疑人审批表”，连同案卷材料和证据移送审查批捕部门审查后，报检察长或者检察委员会决定。

人民检察院决定逮捕的，由检察长签发“决定逮捕通知书”，通知公安机关执行。

3. 人民法院决定逮捕的程序

人民法院决定逮捕被告人也有两种情况：

(1) 对于直接受理的自诉案件，认为需要逮捕被告人的，由办案人员提交法院院长决定；对重大、疑难、复杂案件的被告人的逮捕，提交审判委员会讨论决定。

(2) 对于检察机关提起公诉时未予逮捕的被告人，人民法院认为符合逮捕条件、应予逮捕的，也可以决定逮捕。

人民法院决定逮捕的，由法院院长签发“决定逮捕通知书”，通知公安机关执行。如果是公诉案件，还应当通知人民检察院。

4. 对几种特殊犯罪嫌疑人进行逮捕的审批程序

根据《检察院规则》第 93、94、95 条的规定，对几种特殊犯罪嫌疑人进行逮捕时，要经过有关部门批准或报请有关部门备案。主要内容如下：

(1) 人民检察院对于各级人民代表大会代表，要经过其所担任代表的人民代表大会主席团或者闭会期间的常委会同意之后，才能批准逮捕。

(2) 外国人、无国籍人涉嫌危害国家安全犯罪的案件，或者涉及国与国之间政治、外交关系的案件，以及在适用法律上确有疑难的案件，需要逮捕犯罪嫌疑人的，由分（省检察院地区检察分院）、州、市人民检察院审查并提出意见，呈报最高人民检察院审查。最高人民检察院经征求外交部意见后，决定批准逮捕。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。外国人、无国籍人涉嫌其他犯罪的案件，由分、州、市人民检察院审查并提出意见，报省级人民检察

院审查。省级人民检察院经征求同级政府外事部门的意见后，决定批准逮捕，同时，报最高人民检察院备案。经审查认为不需要逮捕的，可以直接作出不批准逮捕的决定。

（3）人民检察院审查批捕危害国家安全的案件、涉外案件以及检察机关直接立案侦查的案件的犯罪嫌疑人，在批准逮捕后，应当报上一级人民检察院备案。上级人民检察院对报送的备案材料应当进行审查，发现错误的，应当在10日以内将审查意见通知报送备案的下级人民检察院或者直接予以纠正。

（二）逮捕的执行程序

逮捕犯罪嫌疑人、被告人，一律由公安机关执行。公安机关在接到执行逮捕的通知后，应当由公安局长签发"逮捕证"，然后立即执行逮捕，并将执行的情况通知人民检察院。公安机关执行逮捕的程序是：

1. 对于人民检察院批准或者决定、人民法院决定逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，必须立即执行逮捕，防止执行逮捕不力而发生社会危险性。

2. 执行逮捕的人员不得少于2人。执行逮捕时，要向被逮捕人出示"逮捕证"、宣布逮捕，并责令被逮捕人在"逮捕证"上签字或按手印，并注明时间。被逮捕人拒绝在"逮捕证"上签字或按手印的，应在"逮捕证"上注明。

3. 逮捕犯罪嫌疑人、被告人，可以采用适当的强制方法，包括使用武器和戒具。

4. 逮捕犯罪嫌疑人、被告人后，提请批准逮捕的公安机关，决定逮捕的人民检察院或者人民法院，应当在24小时之内进行讯问。对于发现不应当逮捕的，立即释放，并发给释放证明。除有碍侦查或者无法通知的情形外，应将逮捕的原因和羁押的处所通知被逮捕人的家属或所在单位。不便通知的，应将不通知的原因在案卷中注明。

5. 到异地逮捕的，公安机关应当通知被逮捕人所在地的公安机关。公安机关到异地执行逮捕时，应携带"批准逮捕决定书"及其副本、"逮捕证"、介绍信以及被逮捕人犯罪的主要材料等，由当地公安机关协助执行。

6. 公安机关释放被逮捕的人，或者将逮捕变更为取保候审或监视居住的，应当通知人民检察院。

第六节　强制措施的改革

一、背景概述

强制措施是一种非常重要的刑事诉讼制度，它既关系到刑事诉讼能否顺利进行，又对刑事诉讼中的人权保障状况有着至关重要的影响。因此，各国刑事诉讼法无不对强制措施进行周密、详尽的规定。我国1996年修订《刑事诉讼法》时也

对“强制措施”这一章作了重大修改：完善拘留条件，取消收容审查；修改逮捕条件以适应客观需要；完善拘传、取保候审和监视居住的具体程序；补充规定了采取强制措施不当的撤销或变更和超过法定期限的要求解除权。这些修订对于规范强制措施，使其符合刑事诉讼的需要，无疑具有巨大的意义。为了保证修订后的《刑事诉讼法》能够得到很好的贯彻执行，《六机关规定》、《公安部规定》、《检察院规则》和《高法解释》又对强制措施问题进行了更为详细的规定。这些补充规定，有的对《刑事诉讼法》规定得不太明确之处进行了解释和说明；有的进一步细化了《刑事诉讼法》规定的程序。这些对于强制措施制度的进一步完善也无疑具有积极意义。

但是，必须指出的是，我国的强制措施制度仍然存在许多问题，这些问题有些是《刑事诉讼法》的规定本身的问题，有些是上述司法解释中的问题，有的则是实践中不严格依法办事的问题。主要问题有：强制措施体系还不完善；有关强制措施的各司法解释之间相互不统一、不协调，乃至矛盾，影响了法律的统一实施；有些司法解释的个别条文有扩充授权的现象；实践中，对强制措施的比例性原则贯彻得不够好；在强制措施的审批和执行过程中，有时不能处理好原则和例外的关系；实践中超期羁押的现象较为严重，等等。

针对上述问题，近年来学术界对我国强制措施的改革问题进行了深入的探讨和研究，本节从宏观和微观两个层面进行简要介绍。

二、强制措施的宏观改革

1. 关于干预私权的强制措施问题。严格来讲，刑事诉讼中的强制措施应当由三部分组成：一是对人的强制措施；二是对物的强制措施；三是对隐私权的强制措施。我国《刑事诉讼法》规定的强制措施实际上是第一种意义上的狭义的强制措施；对物的强制措施，如勘验、检查、搜查、扣押等，则放到了“侦查”中规定；对隐私权的强制措施，则基本未作任何规定。而实际上，两个方面的原因决定了《刑事诉讼法》中规定有关隐私权的强制措施十分必要。一方面，犯罪手段的日趋狡诈、诡秘以及对抗侦查手段的日趋高明，要求公安、司法机关能有一定的限制隐私权的措施，如监听、采样、派遣秘密侦查员等；另一方面，隐私权又是现代社会中公民的一项基本的权利，为了防止国家对隐私权的任意侵犯，也必须通过立法对公安、司法机关的有关行为进行规范和限制。目前，许多国家都对这个问题引起了重视，《德国刑事诉讼法典》第一编第八章和《意大利刑事诉讼法典》第三编第三章第四节都对这一问题进行了规定；日本则通过颁布特别法的形式解决这一问题。[①] 我国目前尚无这样的立法，但这些手段在实践中确实已在不同

① 如《关于犯罪侦查中监听通讯的法律》就对监听问题进行了规定。

程度上使用，如果不通过立法解决，容易出现问题。

2. 关于羁押的独立化问题。综观世界各国刑事诉讼法，羁押都是一种独立的强制措施，而在我国《刑事诉讼法》中，羁押则是作为逮捕的一种当然状态，并不是一种独立的强制措施。这种做法既导致逮捕的条件难以掌握，又使羁押处在失控状态，超期羁押的现象屡禁不止。如果要从根本上解决这一问题，就必须实行逮捕和羁押的分离，对羁押的条件、羁押的司法审查、羁押的场所、羁押过程中对犯罪嫌疑人的权利保护，以及对当事人不当羁押和超期羁押的救济手段等问题予以严格规定。

3. 关于取保候审制度向保释制度转换的问题。我国的取保候审制度与西方国家的保释制度相比，最大的区别在于：西方国家的保释是作为当事人的权利而予以规定的，即被刑事追究的人享有被保释的权利。在这种制度下，保释成为一种常态，羁押是例外；我国的取保候审制度则是作为公安、司法机关的一项权力予以规定的，因此，对取保候审的条件限制过严，加之实践中是否取保候审完全取决于执法者的意愿，这就导致我国刑事诉讼中强制措施的比例性原则贯彻得不好，羁押成为一种常态，取保候审则是例外。为此，有必要引进西方国家的保释制度，替换现在的取保候审制度。

4. 关于强制措施法律规范的统一性问题。《刑事诉讼法》通过以后，公、检、法三机关都出台了本机关适用的规定或者司法解释，针对强制措施作出了许多具体的规定。这些规定虽然对于贯彻落实《刑事诉讼法》中的规定起到了一定的积极作用，但是也的确存在一些问题，突出地表现在两个方面：一是三个机关的规定或者司法解释中存在相互不统一、不协调乃至矛盾之处，影响了法律的统一实施。例如，关于拘传所使用的法律文书的规定，关于取保候审、监视居住期间的规定，关于保证金数额的规定等，都在不同程度上存在这样的问题。二是个别规定存在扩充授权的现象。例如，《公安部规定》第 63 条关于取保候审对象的扩大，第 132 条关于拘留期间的延长等，都属于这种情况。这些规定或司法解释有的直接与《刑事诉讼法》的规定相冲突，是不符合刑事法治的精神的。为了保证强制措施的运用在法制化的轨道上进行，有必要由立法机关对这些规定或司法解释进行统一的审查，以立法解释的形式，保留那些对贯彻落实《刑事诉讼法》的规定有积极作用的条款，废止那些与《刑事诉讼法》的规定相抵触的条款。

三、强制措施的微观改革

1. 关于两次拘传之间的间隔时间问题。我国《刑事诉讼法》中仅对拘传的时限作了规定，并且规定了禁止连续拘传，但对两次拘传之间的间隔时间未作出规定。而这一点恰恰是落实《刑事诉讼法》关于“不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人”这一规定的必要保证，如果不作出这样的规定，在实践中一些人容易采取不当的形式规避法律的规定，造成将拘传搞成变相羁押的现象。对

此，国外已有立法例可资借鉴，例如，《法国刑事诉讼法典》第 12 条明确规定："根据拘传证被拘传的任何人，如果被拘禁于看守所超过二十四小时而未经讯问，应视为被非法拘禁。对命令进行或故意纵容非法拘禁的法官或官员，适用刑法典第 432 条 4 至第 432 条 6 的规定。"我们认为，为了保证被拘传人有足够的休息和安排工作或生活的时间，应当规定两次拘传之间的间隔时间不得少于 24 小时。

2. 关于保证金的数额问题。我国《刑事诉讼法》中对保证金的数额没有明确的规定，导致实践中保证金数额的任意性太大，使得实践中保证金的收取数额失控，有的地方收取保证金的数额很大，有的甚至达到百万元之巨。这种状况不利于取保候审的规范化和法制化。为此，我们认为，应当通过立法或司法解释对保证金数额的上限作出明确的规定，必要时可参考国外立法例，分罪种进行规定。主要理由如下：（1）取保候审是强度比较轻的强制措施，在我国刑事诉讼中，取保候审一般都适用于罪行较轻的犯罪嫌疑人。如果保证金过重，就有可能导致有的犯罪嫌疑人宁愿被羁押，也不愿意采取取保候审。这样既不符合强制措施的比例原则，又侵犯了犯罪嫌疑人的人权。（2）保证金过重也不利于赃款、赃物的追缴。赃款、赃物中有一部分是要退还被害人或被害单位的，如果保证金过重，犯罪嫌疑人已倾家荡产，便无力赔偿被害人或被害单位的经济损失。（3）保证金过重也不符合国际惯例。在有关的国际性人权法律文件中，都将收取过重的保证金作为侵犯人权的表现而予以禁止。我国已签署了《公民权利和政治权利国际公约》，对保证金的数额不作限制，容易在国际上遭受攻击，陷于被动。

3. 关于重复取保候审、监视居住问题。《刑事诉讼法》第 58 条规定："人民法院、人民检察院和公安机关对犯罪嫌疑人、被告人取保候审最长不得超过十二个月，监视居住最长不得超过六个月。"这一规定比较笼统，考虑到实践中情况比较复杂，并没有具体规定每个机关可以决定取保候审或者监视居住的最长期限。对待这样的法律条文，从法律解释原理上讲，应当作有利于犯罪嫌疑人、被告人的解释，即应当理解为在整个刑事诉讼过程中，包括公安机关的侦查、人民检察院的审查起诉和人民法院的审判，三机关的取保候审的累计期限最长不得超过 12 个月，监视居住的累积期限最长为 6 个月。然而，在实践中，由于公、检、法三机关分别规定了重新办理取保候审或者监视居住并且重新计算取保候审或者监视居住的期限，使得实质上取保候审的期限延长到了 3 年，监视居住的期限延长到了 1 年半。这意味着它们可以占用《刑事诉讼法》规定的全部取保候审期限或者监视居住期限。这种做法应当尽快废止。从根本上讲，取保和监视居住的目的是"候审"，而不是"候侦"或者"候诉"。同时，取保候审、监视居住作为强度比较轻的强制措施，其适用期限可以稍长，这一点已经在《刑事诉讼法》的规定中体现出来。

4. 关于监视居住的地点问题。《刑事诉讼法》第 57 条第 1 项规定的住处和指定的居所不是一种选择关系，而是住处先于指定的居所，即有住处的必须在其住

处执行监视居住，只有在没有固定住处时，才能在指定的居所执行监视居住。但实践中普遍不作这样的理解。有一些案件中，犯罪嫌疑人、被告人明明是本地居民，也不在其住处执行监视居住，而将其安排在指定的居所进行监视居住，将犯罪嫌疑人、被告人指定在固定场所居住，使其完全与外界隔离，采取近似监禁的方式。这种做法没有处理好法律规定的原则和例外的关系，使得监视居住同羁押无异。要改变这种做法，就必须有一定的制度性制约措施，比如，赋予被监视居住人在认为监视场所或监视方式不当时向上级机关申诉的权利。

5. 关于拘留的期限问题。目前，实践中拘留的期限存在的最大问题是第三种拘留期限的普遍化使用问题。根据《刑事诉讼法》的规定，只有公安机关进行拘留的案件在犯罪嫌疑人具备“流窜作案、多次作案、结伙作案”的法定情形时，才可以将提请逮捕的时间延长到30日，而实践中，许多地方的公安机关则将这一特殊规定作为普遍规则适用，甚至有的检察院也采取这种做法。这从根本上违背了强制措施的法制化原则，是超期羁押的表现形式之一，必须彻底纠正。解决这一问题的最彻底办法是，通过立法明确规定对于公安机关任意延长报请批准逮捕期限的，检察院可以作出不批准逮捕的决定。如果这一方案不能被接受，至少应当规定对于任意延长报捕期限的，被延长的时间应当记入逮捕后的羁押期限之内。

6. 关于逮捕的证据条件问题。1996年修订后的《刑事诉讼法》对逮捕的条件作了重大修改，将“主要犯罪事实已经查清”修改为“有证据证明有犯罪事实”。这一修订主要是考虑到原《刑事诉讼法》规定的要求过高，公安机关在数日内难以做到（尤其是取消了过去适用的收容审查制度），不利于迅速、及时地打击刑事犯罪，更不能适应目前日益严峻的治安形势。况且，刑事诉讼活动自始至终将延续数月，逮捕之后仍有相当长的时间可以继续进行侦查等诉讼活动。从国外的立法例外来看，对于逮捕也并不要求达到主要犯罪事实已经查清的程度，一般都是有充分理由怀疑被疑人存在犯罪嫌疑即可进行逮捕。但在实践中，对这一立法意图掌握得不好，仍然对逮捕的条件控制过严。造成这一现象的原因主要有：(1) 法律规定本身的问题。《刑事诉讼法》规定的“有证据证明有犯罪事实”很难把握，《六机关规定》和《公安部规定》、《检察院规则》中虽然作了解释，但并没有提出一个明确的证明标准。为此，我们建议将有关规定中的“证明犯罪嫌疑人实施犯罪行为的证据已有查证属实”修改为，“已经查证属实的证据证明犯罪嫌疑人已经实施了犯罪或者有实施犯罪的重大嫌疑”，这样，就可以使原来的逮捕证明标准既有所放宽，又不至于过宽。(2)《刑事诉讼法》修改以后，同《国家赔偿法》的规定不协调，检察机关为避免刑事赔偿而对逮捕条件掌握偏严。《国家赔偿法》第15条规定：行使侦查、检察、审判、监狱管理职权的机关及其工作人员在行使职权时对没有犯罪事实的人错误逮捕的，受害人有取得赔偿的权利。检察机关为了避免错捕没有犯罪事实的人而进行刑事赔偿的被动局面，往往对逮捕条件从严掌握。为此，我们认为，为了实现修订后的《刑事诉讼法》放宽逮捕条件的

立法意图，有必要对错捕赔偿的条件进行研究，以保证逮捕条件与错捕赔偿条件协调一致。同时，有关机关应当在解释中明确规定：检察机关按照《刑事诉讼法》规定的逮捕条件批捕的，即使后来出现了因证据不足而撤销案件或者不起诉的情况，也不承担错捕的刑事赔偿责任。因为逮捕只要求证明到嫌疑人有实施犯罪的重大嫌疑程度，那么，当逮捕后通过侦查排除了这种嫌疑时，放人便是理所当然的事，这就意味着抓人没有错，放人也没有错。这样做，不仅有利于提高公安、司法机关的办案效率，也有利于保护犯罪嫌疑人的权利。否则，像现在这样，一方面对逮捕的条件控制过严，不敢轻易逮捕人；另一方面，排除了犯罪嫌疑时或者证据不足时，因为担心刑事赔偿而又不敢放人，陷入了一个难以摆脱的逻辑怪圈。

7. 关于异地逮捕的程序问题。随着现代社会人口流动性的大大增强，实践中跨地作案的现象经常发生，刑事诉讼中也就经常出现异地逮捕犯罪嫌疑人的问题，因而，对异地逮捕犯罪嫌疑人的程序就需要有一个明确的规定，而《刑事诉讼法》中没有涉及这一问题，有关的司法解释中也没有作出进一步解释，这导致了实践中大量问题的存在。有的犯罪嫌疑人所在地的公安机关不予配合；有的收取执行费；更有甚者，个别地方还实行地方保护主义，同外地公安机关对抗。这些现象严重阻碍了法律的统一实施，必须彻底改变。为此，我们建议，应当通过司法解释对异地逮捕犯罪嫌疑人的程序及其监督措施进行明确规定。

【问题与思考】

1. 强制措施有哪些特点？
2. 强制措施同刑罚有何区别？
3. 怎样理解强制措施的比例性原则？
4. 怎样理解拘传同传唤的关系？
5. 我国的取保候审制度存在哪些问题？
6. 如何理解逮捕的条件？
7. 你对我国强制措施的改革有哪些建议？
8. 案例讨论：

[案例一] 霍某，男，系某化肥厂临时工。1998 年 6 月 9 日晚在一商场买东西时，因为排队的顺序和另一顾客引起争吵，该顾客很生气，在门口拿出刀子要捅霍某，霍某夺下刀子，反将该顾客捅伤。商场保安一看伤人了，就将霍某抓获，扭送到附近的 A 县公安局。公安人员认为霍某符合拘留条件，遂将其拘留。后公安局于 6 月 18 日向 A 县人民检察院提请批准逮捕，人民检察院经过审查认为霍某

的行为属于正当防卫，于6月28日作出不批准逮捕的决定。公安局不服此决定，于是向人民检察院提出复议，但未被接受，遂向上一级检察机关申请复核；同时认为霍某态度恶劣，随时可能逃跑，而且刑事诉讼法规定拘留最长期限为37天，因此尽管霍某多次提出应当释放，一直未予批准。直至7月5日，上级检察机关作出不批准逮捕的决定，才将其释放。

问题：本案在提请逮捕、审查批捕和执行逮捕上存在哪些错误？请说明理由。

[案例二] 蒙某，女，34岁，某镇农民。1998年3月，蒙某因盖厨房和邻居张某发生口角，遭到张某的辱骂，后又和张某的老婆发生厮打，脸上、身上均被抓伤。蒙某一怒之下，产生报复杀人的想法。1998年5月2日，蒙某趁张某夫妇外出，只有4岁的小孩在家之机，将小孩骗至家中，趁其不备，用菜刀将其活活砍死。然后往小孩身上浇煤油，又托人告诉张某老婆，她家小孩被狗咬伤，让她赶紧回来。待张某的老婆进来后，蒙某从外面将房门锁死，将房子点燃，致使张某的老婆被活活烧死，小孩尸体被烧焦。蒙某犯罪后服毒自杀未遂，经抢救脱险。

公安机关在调查中发现蒙某有一刚满月的婴儿，正在哺乳期，遂决定对蒙某采取监视居住的强制措施。后来当案件起诉到人民法院后，蒙某想到自己将被当作杀人犯执行枪决，十分恐惧，多次企图掐死婴儿而后自杀，幸好邻居发现，将婴儿抱走，并派人日夜看住蒙某。而同时，张某发誓要为妻儿报仇，一定要亲手杀死蒙某，张某的亲属也只得派人日夜守护着。人民法院在得知这些情况后，决定立即逮捕蒙某，并连夜派两名法警将蒙某逮捕，送至看守所关押，同时妥善安排了婴儿的抚养问题，并做了张某的说服教育工作。

问题：

(1) 公安机关对蒙某适用监视居住的强制措施是否恰当？

(2) 人民法院在执行逮捕过程中是否符合法律的规定？为什么？

第十章 期间与送达

第一节 期间
一、期间的概念和意义
二、法定期间
三、期间计算
四、期间恢复

第二节 送达
一、送达的概念和意义
二、送达回证
三、送达程序

本章概要

期间与送达内容虽不多，却是刑事诉讼中不可或缺的环节，是整个刑事诉讼正常运行的保障，亦是当事人及其他诉讼参与人诉讼权利实现的前提。刑事诉讼法对许多诉讼行为规定了期间，既保障了诉讼的及时进行，又防止诉讼参与人的合法权益受到非法侵犯。送达则关系到刑事诉讼活动的正常、顺利开展，保障公安、司法机关正确履行职责，保障诉讼参与人权利实现。

关键术语

期间　直接送达　留置送达　邮寄送达

第一节　期　间

一、期间的概念和意义

刑事诉讼期间，是指公安机关、人民检察院、人民法院进行刑事诉讼，以及诉讼当事人及其他诉讼参与人参加刑事诉讼必须遵守的时间期限。刑事诉讼期间一般由法律明确规定，称作法定期间；个别情况下可以由公安、司法机关指定，称作指定期间。法律规定的刑事诉讼期间包含两大部分：一部分是公安、司法机关应当遵守的期间，另一部分是当事人及其他诉讼参与人应当遵守的期间。

在刑事诉讼中，除期间以外，还有期日。期日是指公安、司法机关和诉讼参与人共同进行刑事诉讼活动的特定时间。我国刑事诉讼法对期日未作具体规定，司法实践中，由公安、司法机关根据案件的具体情况和法律关于期间的一般规定予以指定。期日和期间关系紧密，同为诉讼中规范时间的重要概念，但两者有很大区别，主要表现在：（1）期日是一个特定的单位时间，如某日、某时；期间指一定期限内的时间，即始于某期日、止于某期日的一段时间。（2）期日是公安、司法机关和诉讼参与人共同进行某项刑事诉讼活动的时间，期间则是公安、司法机关或诉讼当事人及其他诉讼参与人各自单独进行某项诉讼活动的时间。（3）期日由公安、司法机关指定，遇有重大事由时可以变更或延后；期间一般由法律明确加以规定，不得任意变更。（4）期日只规定开始的时间，不规定终止的时间；期间则以规定的起、止时间为始期和终期。

期间是刑事诉讼法从时间上严格诉讼程序、规范诉讼行为的重要措施。其意义主要表现在以下方面：

1. 有利于增强公安、司法人员的诉讼法制观念和工作责任心，促使其加快办案进度，提高工作效率，以保证诉讼活动的顺利进行，保证准确、及时地查明犯罪、惩罚犯罪。

2. 有利于防止和纠正实践中可能存在的以拘代侦、以捕代罚、超期羁押、诉讼久拖不决等违法现象，保障犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。

3. 有利于诉讼当事人及其他诉讼参与人参加刑事诉讼活动，保证其及时行使法律赋予的诉讼权利，履行诉讼义务。一方面，诉讼当事人自己能及时解脱，免受讼累；另一方面，诉讼当事人配合公安、司法机关依法进行刑事诉讼，正确处理案件。

4. 有利于维护诉讼活动的严肃性，保障法律的统一、正确实施。诉讼期间的规定不是单纯的技术规范或时间制度，而是诉讼活动严肃性和强制性的具体体现。公安、司法机关和诉讼当事人及诉讼参与人都要严格遵守刑事诉讼期间，不得违反，否则，将产生相应的法律后果。例如，公安机关拘留犯罪嫌疑人超过法定期

间的，应当立即将被拘留人释放，被拘留人及其家属亦有权要求立即释放。又如，诉讼当事人在法定期限内未提出上诉，便失去上诉权，产生一审判决发生法律效力的后果。

根据法律的规定，我国刑事诉讼期间制度的内容主要有各种诉讼活动的法定期间、期间的计算和期间的恢复。

二、法定期间

法定期间是指法律明确规定的诉讼时间期限。这种期间的开始是基于某种诉讼行为的实施或法律事实的发生。刑事诉讼法关于各种诉讼活动的期间有具体而明确的规定。概括起来主要有：

（一）强制措施期间

对犯罪嫌疑人、被告人拘传持续的时间不得超过12小时。对犯罪嫌疑人、被告人取保候审不得超过12个月，监视居住不得超过6个月。拘留或逮捕犯罪嫌疑人、被告人后，除有碍侦查或者无法通知的情形以外，拘留或逮捕机关应当在24小时以内，把拘留或逮捕的原因和羁押处所通知被拘留人或被逮捕人的家属或所在单位；应当在24小时以内对被拘留人或被逮捕人进行讯问。公安机关对被拘留的人认为需要逮捕的，应当在拘留后的3日以内提请人民检察院审查批准，特殊情况下可以将提请审查批准的时间延长1日至4日；对于流窜作案、多次作案、结伙作案的重大嫌疑分子，提请审查批准的时间可以延长至30日。人民检察院应当在接到公安机关提请批准逮捕书的7日以内，作出批准或者不批准逮捕的决定。根据最高人民检察院《关于依法快速办理轻微刑事案件的意见》，对轻微刑事案件，犯罪嫌疑人被拘留的，应当在3日内作出决定；未拘留的，应在5日内作出决定。人民检察院对直接受理的案件中被拘留的人认为需要逮捕的，应当在10日以内作出决定；特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长1日至4日。

（二）与聘请律师或委托辩护人、诉讼代理人有关的期间

犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律帮助。公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人；被害人及其法定代理人或近亲属、附带民事诉讼当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人；人民检察院自收到移送审查起诉的材料之日起3日以内，应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人，应当告知被害人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人，自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权随时委托诉讼代理人。人民法院自受理自诉案件之日起3日以内，应当告知被告人有权委托辩护人，应当告知自诉人及其法定代理人、附带民事诉讼的当事人及其法定代理人有权委托诉讼代理人。

（三）侦查羁押期间

犯罪嫌疑人被逮捕后的侦查羁押期限不得超过2个月。案情复杂、期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长1个月。对于交通十分不便的边远地区的重大、复杂案件，重大的犯罪集团案件，流窜作案的重大、复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件，在上述期限内不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长2个月。对犯罪嫌疑人可能判处10年有期徒刑以上刑罚，按照前述规定延长2个月期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长2个月。因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大、复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

（四）审查起诉期间

人民检察院对于公安机关移送审查起诉的案件，应当在1个月以内作出决定；重大、复杂的案件，可以延长半个月。根据最高人民检察院《关于依法快速办理轻微刑事案件的意见》，对轻微刑事案件应在20内作出是否提起公诉的决定；办案任务重，案多人少矛盾突出的，应当在30日内作出决定，不得延期办理。根据《检察院规则》第268条和第269条的规定，对于退回公安机关补充侦查的案件，应当在1个月以内补充侦查完毕，补充侦查以两次为限；人民检察院在审查起诉时决定自行侦查的，应当在审查起诉期限内侦查完毕。

（五）对不起诉决定的申诉期间

被害人如果不服人民检察院作出的不起诉决定，可以自收到决定书后7日以内向上一级人民检察院提出申诉。被不起诉人如果对人民检察院因“犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚”而作出的不起诉决定不服，可以自收到决定书后7日以内向人民检察院申诉。

（六）一审程序期间

人民法院应当在开庭10日以前将人民检察院的起诉书副本送达被告人；应当在开庭3日以前将开庭时间、地点通知人民检察院；将传票、通知书最迟在开庭3日以前送达当事人、辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员；公开审判的案件，在开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。在法庭审判过程中，检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议经法庭同意延期审理的，人民检察院应当在1个月以内补充侦查完毕。人民法院当庭宣告判决的，应当在5日以内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院。人民法院审理公诉案件，应当在受理后1个月内宣判，最迟不得超过1个半月。对于交通十分不便的边远地区的重大、复杂案件，重大的犯罪集团案件，流窜作案的重大、复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的重大、复杂案件，在上述期限内不能审结的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个

月。适用简易程序审理案件，应当在受理后20日以内审结。

适用普通程序审理的被告人被羁押的自诉案件，应当在被告人被羁押后1个月内宣判，最迟不得超过1个半月；有《刑事诉讼法》第126条规定的情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个月。适用普通程序审理的被告人未被羁押的自诉案件，应当在立案后6个月内宣判；有特殊情况需要延长审理期限的，经本院院长批准，可以延长3个月。

（七）上诉、抗诉期间

不服第一审判决的上诉和抗诉的期限为10日，不服第一审裁定的上诉和抗诉的期限为5日。被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决书，自收到判决书后5日以内，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后5日以内，应当作出是否抗诉的决定，并且答复请求人。

（八）二审程序期间

上诉人通过原审人民法院提出上诉的，原审人民法院应在3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。上诉人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应在3日以内将上诉状交原审人民法院送交同级人民检察院和对方当事人。第二审人民法院对于人民检察院依照上诉程序提出抗诉的案件或者开庭审理的公诉案件，必须在开庭10日以前通知人民检察院查阅案卷。第二审人民法院受理上诉、抗诉案件，应当在1个月以内审结，最迟不得超过1个半月；对于交通十分不便的边远地区的重大、复杂案件，重大的犯罪集团案件，流窜作案的重大、复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的重大、复杂案件，在上述期限内不能审结的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长1个月。

（九）再审程序期间

人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起3个月以内审结；需要延长期限的，不得超过6个月。接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用上述规定；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起1个月内作出决定，下级人民法院审理案件的期限适用上述规定。

（十）死刑执行期间

下级人民法院接到最高人民法院或者高级人民法院执行死刑的命令后，应当在7日以内交付执行。

（十一）变更执行的监督期间

人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起1个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关；批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。人民检察院认为人民法院减

刑、假释的裁定不当的，应当在收到裁定书副本后 20 日以内，向人民法院提出书面纠正意见；人民法院应当在收到纠正意见后 1 个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁决。

（十二）申请恢复期间的期间

当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后 5 日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。

三、期间计算

（一）计算单位

我国刑事诉讼的期间以时、日、月为计算单位。以时计算的，如公安机关、人民检察院对于被拘留的人，应当在拘留后的 24 小时以内进行讯问。以日计算的，如人民法院应当在开庭 10 日以前将人民检察院起诉书副本送达被告人。以月计算的，如对于补充侦查的案件，应当在 1 个月以内补充侦查完毕。

（二）计算方法

对于期间的计算，期间开始的时和日不计算在期间以内。例如，不服判决的上诉和抗诉的期限为 10 日，这 10 日的期间应当从接到判决书的第二日起计算。

以月计算的期限，自本月某日至下月某日为 1 个月，如本月 1 日至下个月 1 日、本月最后一日至下个月最后一日为 1 个月的审理期限；半月一律按 15 日计算期限。

对于法定期间的计算，不包括路途上的时间。上诉状或者其他诉讼文件在期满前已经交邮的，应当以交邮的时间即当地邮局盖印邮戳的时间为准，而不能以邮件到达的时间为准。如果当事人的住处或者工作地距离公安、司法机关比较远，则他们为参加诉讼花费在路途上的时间，应当从法定期间内扣除。这一点同样适用于公安、司法机关。公安机关在异地执行拘留后将被拘留人带回本地，则返回途中所需的时间不能计算在拘留后应当在 24 小时以内对被拘留人进行讯问的期间内。

为了保证诉讼活动的及时进行，节假日应当计算在期限以内。期间届满之日如果是法定节假日的，应当顺延至法定节假日后的第一个工作日，但被告人或者罪犯的在押期间应当至期间届满之日为止，不得因节假日而延长在押期限。

（三）特殊情况下有关期间的计算

针对诉讼过程中可能出现的一些特殊情况，刑事诉讼法规定了特殊情况下诉讼期间的计算：

1. 在侦查阶段，发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照《刑事诉讼法》第 124 条的规定重新计算侦查羁押期限。犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清身份之日起计算，但是不得停止对其犯罪行为的侦查、取证。

2. 对于补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。

3. 人民检察院审查起诉案件改变管辖的，从改变后的人民检察院收到案件之日起重新计算审查起诉期限。

4. 人民法院改变管辖的案件，从改变后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。

5. 人民法院审判案件过程中，人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

6. 对犯罪嫌疑人作精神病鉴定的期间不计入办案期限。

四、期间恢复

刑事诉讼期间的恢复，是指诉讼当事人因某种特殊的原因未能在法定期间内进行特定的诉讼活动，经人民法院许可，可以继续进行这种诉讼活动。设立期间恢复制度，是为了解决诉讼过程中可能发生的特殊情况，维护当事人的合法权益，保障诉讼活动的顺序进行。《刑事诉讼法》第 80 条规定："当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误期限的，在障碍消除后五日以内，可以申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动。前款申请是否准许，由人民法院裁定。"根据这一规定，期间恢复的条件是：

1. 只有当事人可以提出恢复诉讼期间的申请，其他诉讼参与人无权提出这种申请。

2. 当事人未能在法定期间完成特定的诉讼行为，是由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由。例如，遭受水灾、火灾、地震、车祸，患有严重疾病，未收到诉讼文书，等等。

3. 当事人的申请应当在妨碍其遵守法定期间的原因消除后 5 日以内，向审理本案的人民法院提出。

4. 必须经人民法院裁定允许。人民法院在接到当事人的申请后，经过审查，认为当事人申请中所述情况属实，超过法定期间确实具有不可抗拒的原因或者其他正当理由的，应当裁定允许其继续进行在原期间内未完成的诉讼活动。如果认为当事人不是因为不能抗拒的原因或者其他正当理由而耽误期限的，则裁定驳回申请。

第二节　送　达

一、送达的概念和意义

刑事诉讼中的送达，是指公安、司法机关按照法定程序和方式将诉讼文书送交收件人的诉讼活动。送达作为一项诉讼行为，具有以下特点：

1. 送达的主体只能是公安、司法机关。送达是发生在送达主体与送达对象之间的一种法律关系，在这一法律关系中，发件人只能是公安机关、人民检察院和人民法院；收件人可以是诉讼参与人，也可以是有关的机关或单位。因此，诉讼参与人向公安、司法机关递交诉讼文书或者其相互之间传递诉讼文书的行为，不是刑事诉讼中的送达。

2. 送达的内容是诉讼文书。其中，公安、司法机关制作的诉讼文书是送达的主要内容，例如传票、通知书、起诉书、不起诉决定书、判决书、裁定书、调解书等。此外，自诉状副本、附带民事诉讼状和答辩状的副本、上诉状的副本等由当事人制作的诉讼文书，也是通过人民法院送达的。

3. 对于送达的程序和方式，法律有明确规定。实施送达行为，必须严格依照法律规定的程序和方式进行，否则，不能产生送达的法律效力。诉讼文书的送达，是一项严肃的诉讼活动，是诉讼程序的组成部分，直接关系到整个刑事诉讼活动能否顺利进行。只有按照《刑事诉讼法》规定的期间和程序，将有关的诉讼文书送达收件人，才能使收件人及时了解其中的内容，按照规定参加诉讼活动，行使诉讼权利，履行诉讼义务。某些诉讼文书只有按照法定程序送达后，才能发生法律效力。诉讼文书的送达直接与产生一定的法律后果相联系。例如，当事人在法定期间内接到人民法院的传票，就必须按传票的要求准时出庭，反之，则有权拒绝出庭。

二、送达回证

送达回证，又称送达证、送达证书，是指公安、司法机关制作的用以证明送达行为及其结果的诉讼文书。送达回证的内容包括：送达机关和送达文书的名称，被送达人姓名（名称）、职业、职务、住所地或者经常居住地，送达方式，送达人和被送达人签名、盖章，签收日期等。

送达回证是送达人完成送达任务的凭证，也是被送达人接收或者拒收所送达的诉讼文书的证明；同时，也是检查公安、司法机关是否按照法定程序和方式送达诉讼文书，认定当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为是否有效的依据。

三、送达程序

根据《刑事诉讼法》第81条的规定，诉讼文书的送达应遵循下列程序：

传票、通知书和其他诉讼文书的送达，应当交给收件人本人；如果本人不在，可以交给他的成年家属或者所在单位的负责人代收。

收件人本人或者代收人拒绝接收或者拒绝签名、盖章的，送达人可以邀请他的邻居或者其他见证人到场，说明情况，把文书留在其住处，在送达证上注明拒绝的事由、送达的日期，由送达人签名，即认为已经送达。此种方式的送达被称为留置送达。虽然留置送达与直接送达具有同等的法律效力，但是，并非所有的

诉讼文书都可以适用留置送达，例如调解书就不宜适用留置送达。

根据最高人民法院的司法解释，直接送达诉讼文书有困难的，可以委托收件人所在地的人民法院代为送达，或者邮寄送达。委托送达的，应当将委托函、委托送达的诉讼文书及送达回证寄送收件人所在地的人民法院。受委托的人民法院收到委托送达的诉讼文书后，应当登记，并由专人及时送交收件人，然后将送达回证及时退回委托送达的人民法院。受委托的人民法院无法送达时，应当将不能送达的原因及时告知委托的人民法院，并将诉讼文书及送达回证退回。

邮寄送达，是指公安、司法机关在直接送达有困难的情况下，通过邮局将诉讼文书用挂号方式邮寄给收件人的送达方式。其程序是，公安、司法机关将诉讼文书、送达回证挂号邮寄给收件人，收件人签收挂号邮寄的诉讼文书后即认为已经送达。挂号回执上注明的日期为送达的日期。

诉讼文书的收件人是军人的，可以通过其所在部队团级以上单位的政治部门转交。收件人正在服刑的，可以通过其所在监狱或者其他执行机关转交；收件人正在劳动教养的，可以通过劳动教养单位转交。代为转交的部门、单位收到诉讼文书后，应当立即交收件人签收，并将送达回证及时退回送达的人民法院。

送达人不按法律要求送达，致使诉讼活动不能顺利进行的，应当由送达人负责。如果已经合法送达，收件人本人不按文书的要求执行，由此产生的法律后果，应由收件人本人负责。

【问题与思考】

1. 什么是期间？如何计算刑事诉讼的期间？
2. 诉讼文书的送达有几种方式？
3. 什么是留置送达？
4. 案例讨论：

被告人蒋某，原系国家电力监督委员会某局副局长，因在任职期间多次利用职权非法收受他人钱物，为他人谋取利益，后被知情人举报案发。此案经人民检察院侦查并提起公诉，人民法院依法审理。2001 年 8 月 6 日，蒋某因受贿罪一审被判处有期徒刑 12 年。

蒋某收到一审人民法院判决书后，认为量刑过重，遂委托其兄代为上诉。其兄于 8 月 16 日在其所居住地的邮电局将上诉状寄去二审人民法院。二审人民法院于 8 月 21 日接到了蒋某的上诉状，认为蒋某的上诉已超过了法定期限，于是裁定驳回上诉。

问题：在本案中二审人民法院的做法是否合适？

第三编

审前程序

第十一章
刑事审前程序概述

第一节 刑事审前程序的形成
- 一、刑事审前程序的概念
- 二、刑事审前程序的形成
- 三、刑事审前程序中若干相关制度

第二节 我国刑事审前程序的改革
- 一、审前程序在刑事诉讼中的地位
- 二、我国刑事审前程序改革设想

本章概要

随着诉讼职能的分立和对人权保障的重视，刑事审前程序越来越为各国理论界和实务界所关注。“检察引导侦查，引入司法审查”，构建既有利于追诉机关指控目标实现，又有利于被追诉人权利保障的刑事审前程序，是完善与实现控辩式庭审改革的现实要求，亦是程序法制化的必然走向。

关键术语

审前程序　侦检一体化　司法审查　司法令状

第一节　刑事审前程序的形成

一、刑事审前程序的概念

刑事审前程序，特指刑事公诉案件自刑事诉讼启动至审判机关即法院受理案件前的程序，即刑事诉讼中审判阶段以前的程序。

将公诉案件的诉讼程序作审判程序与审前程序的划分，是基于审判中心主义而对刑事诉讼程序在诉讼阶段上所作的划分，也是伴随着我国控辩式庭审方式的建立和推进而在诉讼理论上必然出现的变化，是对我国传统刑事诉讼阶段理论的突破。我国传统刑事诉讼阶段理论将刑事诉讼分为立案、侦查、起诉、审判和执行五个独立的阶段。从严格意义上来说，“执行”是执行机关将人民法院的生效判决、裁定付诸实施的活动，虽然也处理执行过程中的变更执行等问题，但本质上并不具有“诉讼”的特征，因而只有在前四个阶段中，才谈得上各种诉讼法律关系主体的诉讼地位以及相互关系，这些阶段的活动才属于真正意义上的诉讼活动，才属于典型的诉讼形态。其实，在我国刑事诉讼法典的结构中，第二编的名称为“立案、侦查、提起公诉”，与第三编“审判”并列，可见立法上已经将审判阶段与审前阶段作了明确的区分。同时，就诉讼阶段论而言，立案、侦查、审查起诉三个阶段虽具有相对的独立性，但实际上组成了刑事审前程序，其间的诉讼活动包括侦查机关的立案、侦查，检察机关的审查起诉，以及始终伴随这些追诉活动而展开的犯罪嫌疑人的防御与辩护活动。因此，审前程序与审判程序的划分在立法上原本是有依据的。

各国刑事审前程序的活动内容、程序构造有所不同，但审前程序与审判程序的划分在理论上是得到认同的，在立法上是得到确认的。[①] 在英美法系国家，由于建立了审前程序中的司法审查机制，即由诉讼的裁判者——法官（司法官、治安法官）对警察机构的强制侦查活动实施制约，以及大陪审团对检察机关的起诉活动实施制约，所以审前程序实际上是由追诉机构进行的追诉活动、犯罪嫌疑人以沉默权与律师帮助权等权利保障为基本手段的防御活动以及法官的裁判活动构成的。在美国，从侦查至法庭审讯前的审前程序，包括“初次到案”、“预审”、“提起诉讼”等活动，不仅强制侦查手段与秘密侦查手段要接受法官（司法官）的审查，而且重罪案件的起诉须由大陪审团审查决定。英国的刑事审前程序包括侦查、预审，强制侦查手段、秘密侦查手段均由治安法官进行审查批准，预审也由治安

---

① 2001 年 11 月 22 日通过、于 2002 年 7 月生效的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第二部分即以“审前程序”为标题。参见黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，2003。

法官进行。

大陆法系国家同样也都建立了刑事审前程序的司法审查机制，对强制侦查手段与秘密侦查手段由法官（法国为预审法官）进行审查。德国还建立了强制起诉制度以制约检察官滥用不起诉权。日本则建立了检察审查会制度，检察审查会有权对检察机关的不起诉决定进行审查，并有命令起诉权。

总之，各国对刑事审前程序较为重视，表现为：立法上加强对侦控机关的制约，借以防范追诉权力的滥用；建立和实施司法审查机制，使得刑事审前程序实现了法治化；加强对犯罪嫌疑人的各种权利保护，尤其是辩护权保护，促进了刑事诉讼的民主化。正是以上相关的制度的建立，使得审前程序的一体化愈益紧密。

二、刑事审前程序的形成

就起源而言，刑事诉讼是国家追诉、惩罚犯罪的专门活动，是国家实现统治职能的重要形式。伴随着人类社会漫长的发展历程，刑事诉讼这种解决特定社会纠纷的机制自产生后，其结构模式也经历了一个漫长的演变过程。它曾经由初始的奴隶社会的弹劾式诉讼模式发展为封建社会的纠问式诉讼模式。在弹劾式诉讼中，没有专门的国家机关实施侦查，案件也无须侦查，刑事诉讼只是审判阶段以双方当事人的举证、辩论为基本内容的审判活动，而没有真正意义上的审前程序。在纠问式诉讼中，司法权与行政权合而为一，刑事诉讼中的追诉权与裁判权集中于法官，诉讼应有的“三方结构”形态不复存在，被害人的追诉主体地位被国家所取代。由于没有专门、独立的侦查机关以及公诉机关，法官在承担审判职能之外，同时承担了包括侦查在内的控诉职能，侦查、起诉与审判集于法官一身，三职能之间并没有明显的界限划分。在这样的诉讼形态中，没有独立的审前程序，而且相对意义上的审前程序与审判程序往往是混在一起的。到了近代资产阶级革命取得胜利并建立资产阶级国家后，刑事司法体制和诉讼结构发生了根本性的变化，最基本的表现是刑事诉讼发展为近现代的混合式诉讼模式，即控、辩、审三方组合的诉讼基本格局得以恢复并被赋予了全新的面貌。如在 1871 年成立德意志帝国以前，德国的原地方邦国数百年来应用的是普通法宗教法庭，由法官任意决定进程，既由他个人负责侦查，也由他个人按自己的侦查结果确定判决。约到了 19 世纪中叶，在大多数的德国原地方邦国内出现了一种“改革的刑事程序”。检察院成立了，担负起侦查程序中的侦查任务，法官的权力受到了限制。它体现出立宪主义和资产阶级自由主义思潮，取代了建立在警察国家专制主义政治基础之上的普通法宗教法庭程序。[①] 就国家追究犯罪而言，其活动分化为多种诉讼职能，包括侦查职能、起诉职能以及审判职能，而侦查职能从属于起诉职能，并同时受审

---

① 参见［德］约·阿希姆·赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

判职能的制约。这些职能的分离经历了漫长的发展过程才得以实现，这得益于国家权力分工与制衡的实现，得益于民主化的发展。

无论是英美法系国家的当事人主义诉讼模式，还是大陆法系国家的职权主义诉讼模式，它们的一个共同特征就是实现了各种诉讼职能的合理分工及架构。不仅从控审合一发展到控审分离，而且控诉职能内部也发生了分离，即实现了侦查与起诉的分离。所有这些职能的区分，仰赖于国家建立了专门的审判机关、检察机关以及负责侦查的警察机构。这些组织机构的建立，使得裁判、公诉以及侦查三种职能的分离有了组织与制度基础。毫无疑问，近代以来检察官的出现才使得法官能够摆脱纠问倾向，从追诉职能中解脱出来，实现了审判与控诉的分离。法官逐渐趋于中立，司法中立的实现成为可能。而在控诉方内部，由于侦查机构的建立，并与检察起诉机构分离，避免了检察官检控行为的过分强硬化。所有这些，都是刑事诉讼科学发展的结果，是分权与制衡理论在刑事诉讼中的运用，是刑事诉讼走向科学、民主的体现。

现代刑事诉讼尤其是英美法系国家的刑事诉讼的一个突出特点是，越来越以审判阶段为中心，并走向庭审集中主义。[①] 法院的裁判不仅表现在对案件作出实体意义上的判断，即对被追究者作出实体处分，而且体现在各种程序性裁判工作中。司法审查以及司法最终解决原则这些法治社会的关于律师作用的基本原则的贯彻以及刑事程序正当化，使得法官的裁判机制无处不在发挥作用。法官在审判阶段具有中心地位，决定着控、辩双方对抗的结局，但这丝毫未降低审前程序的重要性。由于审前阶段任务的特殊性（基于侦控犯罪的需要），侦控机关具有侵权的现实可能性，这要求法官的司法审查机制发挥作用。而实现实质意义上的控辩平衡，同样要求建立法官对审前程序中侦控职能的合理的制约机制。刑事诉讼中法官司法审查机制的建立，其实质就是司法权对追诉权的制衡。法官对重大侦查行为的裁判职能，使得刑事诉讼实现全程司法化、诉讼化，使得被追诉者得以摆脱侦控强大权力的压制而能够进行有效的防御。

无论是在英美法系国家还是在大陆法系国家，法官的司法审查权已经延伸至审前阶段。司法审查制度的建立，使得侦查机关与检察机关的联系更为密切，二者共同受制于中立的法官。这使得审前程序的一体化表征更为明显。在实行当事人主义诉讼模式的英美法系国家，在审前阶段，法官的裁判作用在于平衡侦控方和辩护方的关系，防止侦控机关权力的过分行政化。对于审前阶段来说，侦查机关权力的限度如何划分，无疑关涉犯罪嫌疑人的权利能否受到有效保护。无论是侦查机关的侦查行为、检察机关的指控行为，还是被指控方的辩护行为，都要接

---

① 当然，这是就普通程序（正当程序）而言的，因为，大多数案件的法庭审理程序因采用速决程序而大大简化，如美国的辩诉交易程序就使得法庭审理程序成为一种确认形式。在这个意义上，审前程序的意义更为重要。完善科学、合理的审前程序对刑事诉讼的发展意义更为重大。

受法院的审查。法院对证据的取舍决定权对控、辩双方在审前程序中的行为均有指导作用。侦查机关的侦查取证行为可能关涉犯罪嫌疑人的权利保护，而审前程序中侦查取证行为的合法性决定了证据的可采性程度，乃至决定指控的结果。审判阶段控、辩双方的行为直接受到法官的审查，尤其是非法证据排除规则的建立，无疑会影响到审前程序中诉讼双方尤其是侦查机关的行为限度。

审前程序与审判程序在我国刑事诉讼程序中的分野，主要是基于我国控辩式审判方式的改革而实现的。1996 年修订的《刑事诉讼法》实施以后推行的控辩式庭审方式改革，使得我国刑事诉讼打破了侦查、起诉、审判三阶段并立的局面，转而以审判阶段为中心。在审判阶段，控、辩双方的攻防活动集中展开，并接受法庭的中立性审查。而在审前阶段，检察机关与侦查机关形成了以指控为共同目的的控方集合，与之对抗的是犯罪嫌疑人，而犯罪嫌疑人诉讼地位如何以及权利享有的状况，标志着诉讼的民主化程度以及法治化水平。

我国传统的刑事诉讼理论对刑事诉讼进程的描述是诉讼阶段论。立案、侦查、起诉、审判被视为公安机关、检察机关和法院联手依次推进的追诉活动，侦查、起诉、审判成为公安机关、检察机关、法院三机关各自的职权和责任。关于三机关之间的关系，我国《宪法》和《刑事诉讼法》均规定，公安机关、检察机关和法院三机关之间是“分工负责、互相配合、互相制约”的关系，表现为公安机关主导侦查、检察机关负责起诉以及法院完成审判，三机关在进行刑事诉讼活动时，被人们描述为接力棒的关系、一个流水线中三个车间流水作业的关系，把三机关的工作作为追究犯罪的三道工序，只是分工不同而已。侦查、起诉、审判三阶段之间在立法意义上没有明确的主次之分，虽然在理论上审判职能具有决定性的意义，但实质上是侦查决定了审判的结果，导致侦查中心主义。

1996 年我国修订《刑事诉讼法》的一个重要内容，是将当事人主义引入审判阶段。这带来了审判方式上的巨大变化，审判阶段的诉讼结构被重新建构。表现之一是庭前审查的形式化、程序化，实现了由卷证移送主义到主要证据复印件、证据目录移送主义的转变。表现之二是强化了法庭审判阶段的控辩对抗，推行控、辩双方的平衡、对等进而实现诉讼公正，法院作为中立的裁判者，其消极、客观、中立的地位被确立，成为审判的中心。庭审在理论上并逐步在实践中具有决定乃至权威地位。正是日益走向庭审集中主义的诉讼模式变革，使得侦查机关、检察机关和法院的关系正在发生变化，使得审判阶段与审前程序的继承关系被割断，由此，审前程序的独立性在逐步增强。独立的审前程序的形成，必然对我国传统的诉讼阶段理论产生巨大的冲击，给刑事诉讼实践带来挑战。

三、刑事审前程序中若干相关制度

在刑事审前程序中，有一系列相关的制度，主要包括强制措施以及强制侦查制度、辩护制度、司法审查制度、起诉制度等。这些制度构成了审前程序的基本

内容。

（一）强制措施以及强制侦查制度

为了防止犯罪嫌疑人逃跑、重新犯罪或者威胁证人与干扰司法程序，保障刑事诉讼的顺利进行，在审前程序中，对犯罪嫌疑人的人身自由在必要的情况下予以限制是必要的和正当的，对于逮捕与羁押等强制措施，应由法律明确规定适用条件。强制措施的适用必须坚持必要性原则与比例性原则，以保护犯罪嫌疑人人身自由。《德国基本法》第 1 条和第 20 条即制定有相应性原则，禁止过度，即刑事追究措施特别是侵犯基本权利的措施在其种类、轻重上，必须要与所追究的行为轻重相适应。[①] 羁押措施是必要的，但非羁押措施更是需要健全的。强制措施作为对犯罪嫌疑人人身自由进行限制、剥夺的防范措施，是刑事诉讼顺利进行的保障，但运用不当则导致侵犯公民权利，因此，各国都建立了非羁押性措施如保释等制度。

强制侦查制度包括搜查、扣押、电信通信监控等涉及公民财产权利及隐私权利的措施。必须明确，这些取证行为是强制性的，但我国刑事诉讼法忽视了其强制性，因此，对于侦查机关采用的这些措施，并未建立起像逮捕由检察机关审查、批准一样的制约机制。

德国法学思想认为，允许以强制性侵犯公民的权利时，关键是一方面必须对国家权力是强制权予以划分与限制，另一方面必须由法院对强制性措施进行审查，使公民由此受到有效的法律保障。[②] 这也是建立司法审查机制国家共同奉行的思想。如何控制侦查机关强制权力的行使，关涉公民权利的保护，在我国是迫切需要解决的问题。我国超职权主义的侦查模式并未因 1996 年《刑事诉讼法》修订引入控辩式庭审方式而有所触动，有关适用强制措施和强制侦查手段的司法控制尚未建立起来。逮捕与羁押由承担控诉职责的检察机关批准，其正当性由于控辩式庭审方式的改革完全丧失，而对于搜查、扣押、电子监控等措施，更多地将其作为收集证据的手段，忽视了其以强制性侵犯公民权利的特性。我国侦查程序中过于强调追诉机关的权力以及被追诉者的服从属性，加之法院在审前程序中的缺位，已使得审前程序成为纯粹的追究与被追究的行政化运作方式。因此，强制措施、强制侦查手段的司法化以及非羁押措施的完善，都是我国刑事审前程序理论需要研究的重大课题，关涉审前程序的法治化。

（二）辩护制度

辩护制度是现代刑事诉讼的标志性制度，是诉讼民主化的体现。辩护权是犯

---

① 参见［德］约・阿希姆・赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

② 参见［德］约・阿希姆・赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

罪嫌疑人、被告人的重要权利，是实现程序公正进而实现实体公正的前提。犯罪嫌疑人、被告人的辩护权应贯穿于刑事诉讼的全过程，尤其在审前程序的实现中至关重要。因为侦控机关为了收集证据，会对犯罪嫌疑人的人身等各种权利形成威胁。积极、有效的辩护权是犯罪嫌疑人最基本的防御手段。犯罪嫌疑人的辩护权不仅仅是自行辩护权，更为重要的是聘请律师辩护的权利，以及获得国家指定的律师免费帮助的权利。

在现代刑事诉讼中，犯罪嫌疑人是当事人，是诉讼主体，具有独立的人格尊严。基于无罪推定原则，犯罪嫌疑人享有最基本的权利——沉默权，这是消极的辩护权。自17世纪英国最早赋予犯罪嫌疑人沉默权到现在，沉默权在现代大多数国家得到立法的确认。20世纪60年代，美国联邦最高法院在著名的米兰达判决中强化了侦查阶段犯罪嫌疑人的沉默权，要求警察以积极的方式告知犯罪嫌疑人享有这一权利并予以尊重。目前，赋予犯罪嫌疑人沉默权的国家都要求警察在讯问之前进行沉默权的告知程序，否则，警察即构成违法。基于诉讼民主化的发展，犯罪嫌疑人获得律师有效帮助的权利不仅成为法律的规定，而且在实践中成为现实。律师辩护是犯罪嫌疑人获得外界帮助，抵御非法侦控行为的保障。现代大多数国家的辩护制度在审前程序中获得了强化。毋庸讳言，我国审前程序中的辩护机制还犹如稚嫩的禾苗，其成长还将面临风吹雨打。如何创造条件，让这棵幼苗健康成长，无疑将任重道远。

（三）司法审查制度

无论是英美法系国家，还是大陆法系国家，都建立了司法审查机制，将侦查权力置于司法权力的控制之下，使得追诉方与被追诉方得以维持相对的平衡，防止了被追诉者的客体化。[①] 这不仅是基于凡是涉及公民人身自由的限制、剥夺以及财产权利的限制的强制措施都由司法机关审查批准的原则，而且基于诉讼结构的合理建构理论，将检察机关、警察机关的追诉行为置于法官的监督之下，使得诉讼活动在侦查开始时即进入诉讼状态，以实现审前程序的法治化。

刑事诉讼作为解决特定社会冲突的机制，其区别于其他机制的最根本的特点在于它是以诉讼的方式、司法的方式解决冲突，在冲突的双方之外有一个司法机关即法院作为程序问题和实体问题的裁判者。法院对诉讼的解决享有最终决定权，并且以其司法裁判机制对追诉机关实施制约。这种制约不仅表现在审判阶段，而且表现在审前程序中，即通过对侦查机关实施的涉及公民人身、财产、隐私等基本权利的重大侦查手段实施司法审查与司法救济来实现。法院对涉及公民人身自由、财产权利以及隐私权利的强制措施、强制侦查手段和秘密侦查手段实施司法审查，不仅决定措施与手段适当与否，而且涉及其适用程序的正当性。

---

① 值得注意的是，于2002年7月开始生效的《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》建立了司法审查机制。参见黄道秀译：《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》，4页，北京，中国政法大学出版社，2003。

在我国，《宪法》、《刑事诉讼法》均将公安机关、检察机关和法院在刑事诉讼中的关系描述为“分工负责、互相配合、互相制约”。由于三机关的主导关系为“分工负责”，从而形成了传统的诉讼模式，即侦、诉、审“各自为政”的割裂局面，法院对于公安机关并无立法上的制约机制。1996年《刑事诉讼法》修改后控辩式庭审方式的建立改变了庭审结构，改变了诉讼的基本格局，法院成为中立的裁判者。检察机关与公安机关在追究犯罪上的一致性加剧了其作为诉讼一方的当事人化，使得其在审前程序中担当“裁判者”的正当性不复存在。[①] 为了实现审前程序的诉讼化、法治化及对侦查权力实施有效制约，必须在审前程序中引入法院这一诉讼主体，建立司法审查机制。

（四）起诉制度

在现代各国，审查起诉、提起公诉是检察机关的职责。检察机关作出是否起诉的决定，直接影响到犯罪嫌疑人的命运——是就此从诉讼中解脱出来，还是接受法庭审判。同样，起诉或者不起诉的决定将影响被害人和社会的利益。基于此，对检察机关的起诉权进行合理制约是必要的，一方面，有利于救济遗漏追诉；另一方面，有利于制止不当起诉。这两方面的制度在现代国家都是存在的。前者如德国的强制起诉制度、日本的检察审查会制度；后者如美国对重罪案件的大陪审团审查制度以及法官的重罪预审制度。

我国实行公诉为主、自诉为辅的起诉制度，但对公诉的提起并没有建立起防止不当追诉与漏诉的救济制度。对于《刑事诉讼法》第170条第3款规定的“公诉转自诉”以及自诉案件，未能建立起有效的救济机制，导致部分案件被害人和自诉人因举证能力的欠缺而难以获得合法权利的司法保护。因此，应该研究、完善我国的起诉制度。

第二节　我国刑事审前程序的改革

一、审前程序在刑事诉讼中的地位

狭义上的刑事诉讼仅指审判程序，这在英美法系国家尤为如此。审前程序最初不属于刑事诉讼的范畴，但由于其重要的地位以及涉及公民权利，逐渐为立法者所重视，最终被纳入了诉讼的轨道，更多地具有诉讼的属性。

审前程序与审判程序以检察机关提起公诉为界，提起公诉表明法院对案件实体审理的开始。审判程序在刑事诉讼中具有决定意义，因为审判程序决定被告人刑事责任的有无，决定对控、辩双方主张是否支持的裁决的作出，决定了案件的

---

① 在1996年《刑事诉讼法》修订之前，有学者认为，检察人员是侦查程序中唯一的裁判者和监督。参见李心鉴：《刑事诉讼构造论》，193页，北京，中国政法大学出版社，1992。

实体处理结果。但刑事审前程序在刑事诉讼中同样具有重要地位，特别是在对抗制诉讼中，由于贯彻起诉书一本主义和庭审中心主义，审前程序对控、辩双方的命运的影响更是具有特殊的意义。对于我国而言，审前程序对整个刑事诉讼的意义更是重大。

（一）审前程序关涉到控方侦查效果即证据收集是否全面、有效，决定了指控的命运

发动刑事诉讼的直接目的是追究犯罪、实现刑罚权，这是社会秩序得以维持的基础，是国家的基本职能。对于代表国家追诉犯罪的检察机关和侦查机关组成的控方而言，审前程序的任务无疑包括查获犯罪嫌疑人以明确指控的对象，收集证据、查清案件事实，以及提起准确的指控。毫无疑问，对于指控方而言，收集证据具有极端重要性。因为证据是实现有效指控的唯一依据，收集到充分、有效的证据，是获得胜诉的唯一法宝。舍去证据，控方控诉追究犯罪的任务无法完成。

对于控方而言，收集证据是准备庭审和支持公诉的基础。而证据是在审前程序中，尤其是侦查阶段收集的。对于指控证据的要求，一是有效性，二是全面性，三是标准性。首先是证据需具有有效性。这需要证据具有客观性、相关性以及合法性。客观性和相关性是证据的本质属性，是证据之为证据的前提。而证据的合法性又是证据具有有效性及可采性的前提，即证据是否具有合法性决定着证据是否具有可采性。在越来越强调诉讼程序价值的法治社会里，越来越要求严格依照法定程序收集、固定证据，即重视审查证据来源的合法性，禁止使用以非法的方法收集的证据。刑事诉讼是国家对被追诉者发动的一场“战争”，这场“战争”必须以法定的程序、合法的方式进行。侦查取证活动本身必须具有合法性，否则，即是在破坏法治。现代刑事诉讼越来越重视侦查程序的合法性，而对非法侦查行为进行防范并进行否定性评价。非法证据排除规则的确立和实施，不仅使侦查因程序非法而失去公信力，而且使得控方违法收集的证据归于无效，最终使得追诉工作受到损害甚至功亏一篑。遵循法治精神，必须更新执法观念，强化程序观念，严格依法办案，要把遵守程序放到突出的位置。证据的全面性，是指指控证据需形成严密的证据锁链。就是说证据既要是确实、合法的，还必须是充分的。此外，指控证据在法庭上必须达到法定的标准，才能获得指控成功。在英美法系国家，这一标准被表述为“排除合理怀疑”，在大陆法系国家，被表述为“内心确信”，我国规定其为“证据确实充分”。检察机关需要通过审查起诉确认审前程序的工作质量，并决定审前程序的终结。

（二）审前程序涉及犯罪嫌疑人诉讼地位及诉讼权利的实现

现代刑事诉讼不再单纯是追究、惩罚犯罪的活动，保障人权愈益成为刑事诉讼的重要价值。保障人权（首先是被指控者的人权）起初并不是与惩罚犯罪并列的价值目标，只是随着诉讼民主化的发展，而逐渐被重视并获得加强的，甚而被视为追诉活动是否具有正当性、是否符合程序正义要求的标尺。第二次世界大战

之后，诉讼民主化的浪潮一浪高过一浪，保障被追诉者的权利成为实现刑事诉讼法治的基本要求。要强化人权保护观念，切实保障当事人的合法权益，在诉讼进程中，不仅要做到依据公开、程序公开、结果公开，还要对被追诉者予以合理限度的权利保护。刑事诉讼越来越强调对被追诉者予以权利的充分保障。可以说，审前程序中被追诉者即犯罪嫌疑人权利保障的状况和程度，是刑事诉讼法治化、民主化水平的重要标志。国际司法准则在犯罪嫌疑人权利保护方面已经有了指导性的规定。通过程序的建构在审前程序实现程序公正、程序正义，已经摆在包括中国在内的所有国家的立法机关与司法人员的面前。

在审前程序中，犯罪嫌疑人处于困境和危险状态，其各种权利更容易受到侵犯。由于案件处于未知状态，控方为了收集证据，会运用侦讯措施。这些措施关涉公民的人身、财产权利以及隐私权利。权力与权利之间呈现此消彼长的关系，侦查机关的权力行使之处就是公民权利受到抑制之所。刑讯逼供、变相刑讯、超期羁押、非法搜查、扣押、电子监控等侵犯人权的现象，更多地发生在审前程序中。基于无罪推定原则，犯罪嫌疑人、被告人的诉讼主体地位应受到尊重。随着审判阶段程序规则的完善以及权利保护的成熟，权利保护的重点已经转移到审前程序中。如何保护犯罪嫌疑人的诉讼主体地位以及其人身、财产、隐私等各项权利，已然成为各国刑事诉讼研究的重点。

（三）在犯罪嫌疑人与侦查机关之间保持相对的平衡关系，是审前程序法治化的要求

公民的人身、财产、隐私等基本自由和权利是公民在市场经济体制中进行交易的前提，是市场经济社会得以健康运行的基础。刑事诉讼涉及公民作为市场主体的上述人身、财产、隐私等基本自由和权利的限制，因此，刑事诉讼程序的法治化在一国法治化的各领域中具有更为重要的意义。侦查机关侦查权力受到制约的程度，也就是公民行使各项权利的边界。在侦控权力与公民权利之间保持相对平衡关系，是诉讼民主的要求，是法治化的要求，但必须仰仗于以权力制约权力。在诉讼结构内部，必须以诉讼的第三方即法院来制约侦控权力，舍此无他。现代国家大多通过实施事前控制（通过司法审查予以司法授权如签发令状）和事后制裁（通过非法证据排除等）实现法院对侦控权力的有效控制。可以说，司法审查机制是在犯罪嫌疑人与侦查机关之间保持相对平衡关系最经济、最有效的方式，是审前程序法治化的必然要求。

（四）审前程序的质量直接影响审判阶段的案件数量和诉讼效率

审前程序的重要地位不仅通过自身的内容和特性来体现，而且通过对审判程序发挥作用来显现。值得注意的是，现代各国审判程序出现了正当程序（普通程序）与简化程序（各种速决程序）的分化。分化的前提固然有案件繁简有别、适当分流的因素，也有审前程序质量方面的影响。所谓审前程序的质量，是指案件侦查取证以及案件办理的质量。如果一个案件审前程序的质量高，则会影响该案

的审判程序的运行，即更多地依简易程序而不是依普通程序来进行审判，甚至可以省去法庭审理程序（如英美等国实行的有罪答辩制度）。我国最高人民法院、最高人民检察院、司法部2003年3月发布的《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》和《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》两个文件，即体现出案件在审前程序的办理质量对审判程序的影响，高质量的审前程序实际上大大缓解了审判的压力，并因为一审审结率的上升而提高了诉讼的效率，有利于增强判决的稳定性、提高诉讼的社会效益。可见，审前程序的质量高，审判程序的质量就有保障，效率就能真正提高。因此，在日益强调诉讼效率以及程序规则日趋发达、完备的今天，研究审前程序，实际上对审判程序具有重要意义。在这个意义上讲，审前程序在整个刑事诉讼程序中同样具有重要地位。

二、我国刑事审前程序改革设想

（一）基于指控犯罪的需要，确立检察对侦查的指导与引导机制

公诉机关在法庭上的充分指控需要在侦查期间收集和固定证据。但是，从侦查工作的特性来说，侦查机关更多地追求查明、抓获犯罪嫌疑人，着眼于“破案”，而在依法提取、固定、保全证据方面关注不足。正如有学者所指出的：“由于警察没有受到像律师那样的培训……有关证据的发现和保护（对检察官的工作来说，这是必不可少的）可能是草率的、不完整的和有缺陷的”，“检察官们的一种普遍的抱怨是，警察在进行调查中往往是草率从事，遗漏了重要的证据，以及不适当地扣押或标注被搜查到的物品”①。因此，警察移送给起诉机关的证据会有所欠缺，与法庭定罪量刑所要求的程度总有差距，有人形象地称之为夹生饭。尽管我国有退回补充侦查制度，但是在司法实践中，据来自检察机关的反映，行使法律赋予的退回补充侦查权并不是那么简单，很多案件退回时是哪些材料，再移送来依旧是哪些材料。

现行机制下，尚不能保证检察机关能够对公安机关的侦查行为进行有效的制约。为了理顺公诉机关与侦查机关的关系，学者们提出过检侦一体化模式②，基于侦查与公诉的共同追诉职能，应当确立侦查职能服务于公诉职能的原则，建立以公诉机关为核心和主导的机制，公诉机关应当有权参与、指导侦查活动，主要是对侦查人员在侦查方向、收集证据与固定、保全证据等方面予以指导和引导，以保证收集、固定好法庭审判所需要的指控犯罪的证据。另外，实行检察指导侦查，

---

① ［美］琼·雅各比著，周叶谦等译：《美国检察官研究》，138页以下，北京，中国检察出版社，1990。

② 参见陈卫东、郝银钟：《侦、检一体化模式研究——兼论我国刑事司法体制改革的必要性》，载《法学研究》，1999（1）；陈卫东、刘计划：《论检侦一体化改革与刑事审前程序之重构》，载陈兴良主编：《刑事法评论》，第8卷，北京，中国政法大学出版社，2001。

还可以节省国家有限的司法资源。现行体制下，公安机关与检察机关各自独立地实施追诉活动，造成重复性的劳动，实行检侦一体，充分体现了侦查与审查起诉本质上的一致性，并且能够有效地追诉犯罪，避免司法资源的分散使用，提高诉讼效率。①

有许多国家的公诉机关都可以指挥侦查或者直接侦查，比如德国、意大利、法国、爱尔兰、苏格兰等国家。即使长期以来检察机关与警察一直相互独立的英格兰，现在也开始改革，试行检察指导侦查。其做法是检察机关派检察官驻进警察机关，在警察侦查案件时，检察官可以提出自己的指导意见，该意见没有强制的拘束力，但警察一般都会接受检察官的意见；如果不接受，警察也会向检察官给出不予采纳的详尽意见。

（二）基于有效追究犯罪的需要，建立公诉机关控制立案、撤案的机制

在我国 1996 年修订《刑事诉讼法》之前，各界人士要求对实践中大量存在的有案不立、放纵犯罪的现象设计救济机制。《刑事诉讼法》修订后，增加了检察机关对公安机关有案不立进行监督的规定，人民检察院有权要求公安机关说明不立案的理由，如果它认为公安机关不立案的理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。许多人对修订后的这条规定寄予厚望，希望借此解决立案方面存在的问题，但实施后的效果，并非那么明显。有的公安机关在检察机关要求说明不立案理由后，迟迟不予说明或者根本不予理睬；有的公安机关在被通知立案后，仍然拒绝立案或者拖延立案；还有的公安机关虽然立案，但是立而不侦或者侦而不结，消极应付。而检察机关对此却无计可施，导致该立不立、放纵犯罪的现象仍然存在。另外，还有一种现象就是公安机关对于撤销案件有完全的自主权力，这也是实践中放纵犯罪的一种表现。

为了有效地追诉犯罪，在检侦一体化的模式之下，可以考虑将案件的立案、撤销权力交予检察机关，以加强对犯罪的有效追究。具体设想是：第一，关于立案控制。要建立立案备案制度，公安机关立案后应报检察机关备案。对于公安机关以罚代立、以罚代侦、放纵犯罪的，检察机关有权查办并直接命令公安机关立案。比如比利时的刑事诉讼中，警察发现犯罪后应向检察官报告，而一旦报告了犯罪，他们便无权采取进一步行动，进行侦查或者决定不再处理该案，必须等待检察官的进一步指示。② 第二，关于侦查控制。与检察指导、引导侦查机制相呼应，对于公安机关立而不侦或者拖延侦查、消极应对的，检察机关应当享有对侦查人员的直接指挥权。第三，关于撤案控制。对于已立案的案件，公安机关决定撤销的，应当经检察机关审查，检察机关不同意撤销案件的，有权命令公安机关

---

① 近几年，全国很多地方在进行“公诉引导侦查”实践，参见《检察日报》等的相关报道。

② 参见汪建成、黄伟明：《欧盟成员国刑事诉讼概论》，5 页，北京，中国人民大学出版社，2000。

继续侦查，公安机关应当侦查。总之，要将刑事案件的追诉决定权纳入检察机关的统一控制之下，保证检察机关对侦查的控制权，对于公安机关不听从命令的，甚至可以考虑赋予检察机关以纪律处分权。例如，法国的检察官就有权监督司法警察和司法警官的行为。司法警察和司法警官在侦查中如有不当或者违法行为，总检察长有权对其实施纪律处分；情节严重的，检察官可以对其提起公诉，追究刑事责任。①

（三）基于控辩平衡和保障人权的需要，引入法官裁判机制

在刑事审前程序，由于需要收集、获取犯罪嫌疑人有关犯罪的证据，法律势必要赋予侦查机关采取强制手段的权力，允许其根据案件情况，对公民的人身、财产等权利采取强制性措施。这些涉及公民人身、财产、隐私等权益的强制措施，直接关系到公民个体的权利与自由，如果运用不当，将会极大地侵害公民的权益。因此，世界法治发达国家，无不格外重视刑事审前程序中控、辩双方力量的平衡和对公民人权的保障。

我国司法实践中，公安、司法机关侵犯人权的现象屡有发生，这其中有执法机关、执法环境的问题，但更重要的是立法的原因。我国刑事诉讼法上控、辩双方力量严重失衡，有关人权保障的制度不健全、不完善，与国际最低标准还存在一定的差距等。没有明确规定无罪推定原则；没有赋予犯罪嫌疑人、被告人沉默权；侦查阶段不允许犯罪嫌疑人委托辩护人，辩护制度非常不完善；追诉机关自主决定采取强制措施，如自主决定对人身进行羁押，对财产、物品进行扣押，对人身、住所进行搜查等，没有引入中立的法官审查机制；侦查期限的延长由追诉机关决定而不由法官审查等。

在强调检侦一体化，强调追诉力量的时候，更应当有意识地平衡控、辩双方的力量，并且强调对被追诉者的权利保障。具体可以采取以下措施：

第一，明确规定无罪推定原则，增加追诉机关指控犯罪的难度，确认被追诉者在审前程序中仅仅是犯罪嫌疑人，而不是有罪之人，强调其诉讼主体地位。根据这项原则，在司法实践中，确立和坚决贯彻犯罪嫌疑人享有不被强迫自证其罪的权利，遏制刑讯逼供。

第二，完善审前程序中的辩护制度，强化被追诉者的辩护权利。应当赋予犯罪嫌疑人被带到侦查机关后 24 小时或者 48 小时之内获得律师帮助的权利；与律师不受干扰的会见、通信权利；接受讯问时要求律师在场的权利；辩护律师收集证据的权利；辩护律师在重大侦查活动中到场参与的权利；辩护律师阅卷的权利等。

第三，引入法官裁判机制，减弱追诉方的强制力量。在侦查阶段最容易发生

---

① 参见汪建成、黄伟明：《欧盟成员国刑事诉讼概论》，121 页，北京，中国人民大学出版社，2000。

追诉机关侵犯犯罪嫌疑人权利的现象，为了有效地减少追诉机关滥用权力的机会，最大限度地保障犯罪嫌疑人的权利，应当在刑事审前程序中引入一个中立的裁判机构，即设立专门进行司法审查的法官，由其负责审查和许可追诉机关是否可以进行涉及公民基本权益的诉讼行为。至于追诉机关的哪些诉讼行为应当经过法官的许可，各国的做法不尽相同，但比较一致的做法是：凡是和公民的基本权利和自由有关的强制性措施，比如拘留、逮捕、继续羁押、搜查、扣押、鉴定、电子监听、邮检、保释、监视居住等，都由预审法官或者治安法官或者其他法官签发许可令。我国在引入这一机制后，追诉机关采取上述措施都应当经过专门的法官的审查许可。公安机关、检察机关自主决定采取强制措施及其他行为的权力将被取消，检察机关也不再享有批准逮捕的权力。

同时，公民在刑事审前程序中还应当有权获得司法救济，可以就追诉机关的侦查行为、强制性措施是否违法向法官提出申诉或者控告，由法官作出裁断。

【问题与思考】

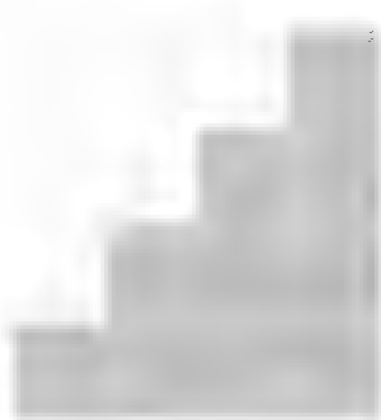
1. 刑事审前程序的形成。
2. 审前程序在刑事诉讼中的地位。
3. 我国刑事审前程序的改革。
4. 案例讨论：

“米兰达案”

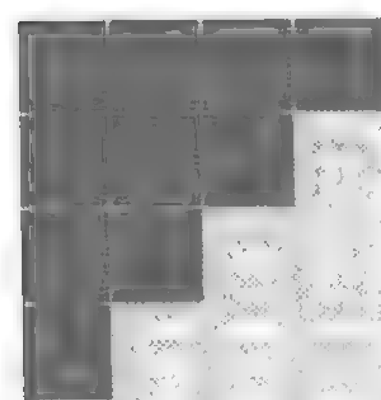
埃内斯托・米兰达是一名有前科的中学退学生，因强奸一名未成年少女而被捕。警官随即对他进行了审问。在审讯前，警官没有告诉米兰达有权保持沉默，有权不自认其罪。米兰达文化不高，这辈子也从没听说过世界上还有美国联邦宪法第 5 条修正案。经过连续两小时的审讯，米兰达承认了罪行，并在供词上签了字。后来在法庭上，检察官向陪审团出示了米兰达的供词，作为指控他犯罪的重要证据。同时，警方在法庭上承认没有告诉他有权获得律师帮助或提醒他可以不回答警方的提问的权利。米兰达的律师则坚持认为，根据宪法，米兰达的供词是无效的。美国联邦宪法第 5 条修正案规定：无论何人，不得在任何刑事案件中被迫自证其罪。最后，陪审团判决米兰达有罪，法官判处米兰达 20 年徒刑。凤凰城著名的律师约翰・弗林作为米兰达的辩护人提起了上诉。首席大法官厄尔・沃伦领导的美国联邦最高法院审理了本案，厄尔・沃伦亲自撰写了以 5 票对 4 票通过的裁决意见书。在意见书中，他对那时的警察手册提出了挑战。警察手册指示讯问者“要控制和压倒讯问对象”，“讯问要果断坚定，绝不手软”，有时可连续几

天；它甚至指示"用计谋诱供"。美国联邦最高法院最终推翻了地方法院的判决，理由是警官在审讯前，没有预先告诉米兰达应享有的宪法权利。由此诞生了著名的"米兰达规则"，即警方在抓捕犯罪嫌疑人后进行讯问前，必须向犯罪嫌疑人告知："你有权保持沉默，否则你所说的一切，都可能作为指控你的不利证据。你有权聘请律师，并在接受讯问时要求其在场到场。如果你请不起，政府会给你指派一个。"（You have the right to remain silent. Anything you say can and will be used against you in a court of law. You have the right to speak to an attorney，and to have an attorney present during any questioning. If you cannot afford a lawyer，one will be provided for you at government expense. ）

问题：谈谈"米兰达规则"体现的程序价值以及对我国刑事程序改革有哪些启示？



第十二章 立　案



第一节 立案的概念和意义
一、立案的概念
二、立案的意义

第二节 立案的材料来源和条件
一、立案的材料来源
二、立案的条件

第三节 立案程序和立案监督
一、立案程序
二、立案监督

本章概要

立案作为刑事诉讼开始的标志，是一项具有中国特色的诉讼程序和制度。正确、及时地启动立案程序，有利于迅速揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪，并有效地保护公民的合法权益不受侵犯。公安、司法机关的立案条件是有犯罪事实存在，依法需要追究刑事责任。人民检察院作为国家的专门法律监督机关，有权对立案活动实行法律监督。

关键术语

立案　自首　立案监督

第一节 立案的概念和意义

一、立案的概念

刑事诉讼中的立案，是指公安机关、人民检察院、人民法院对报案、控告、举报、自首等方面的材料，依照管辖范围进行审查，以判明是否确有犯罪事实存在和应否追究刑事责任，并依法决定是否作为刑事案件进行侦查或审判的一种诉讼活动。

立案作为刑事诉讼开始的标志，是每一个刑事案件都必须经过的法定阶段，并且这一诉讼阶段具有相对独立性和特定的诉讼任务。立案阶段的任务，概而言之就是决定是否开始刑事诉讼程序。具体而言，则是公、检、法三机关通过对自行发现的犯罪事实或者犯罪嫌疑人或者报案、控告、举报、自首等材料进行审查，以判明是否存在犯罪事实和是否需要追究刑事责任，从而决定是否将案件交付侦查或审判。至于查获犯罪嫌疑人、揭露犯罪、证实犯罪、对被告人定罪量刑，则是立案以后侦查、起诉和审判阶段的任务。

《刑事诉讼法》第 83 条、第 88 条规定："公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。""对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉，人民法院应当依法受理。"由此可见，立案是国家法律赋予公安、司法机关的一项重要职权，除此以外，其他任何机关、团体、企事业单位或个人都无权立案。但公安、司法机关行使立案决定权，也必须严格遵守立案的法定程序，严格把握立案的条件和标准，不能超越各自的管辖范围和逾越法定职权，以保证国家法律的统一贯彻实施，既要做到准确、及时打击犯罪、惩罚犯罪，又要充分保护公民的合法权益不受侵犯。

从世界范围内来看，立案是一项具有中国特色的诉讼程序和制度。除苏联、东欧和蒙古等国家采取与我国类似的做法，将提起刑事诉讼即立案作为独立的诉讼阶段在其刑事诉讼法典中加以明确规定以外，美国、英国、法国、日本、意大利等国家的刑事诉讼立法都不将立案规定为独立的诉讼阶段。例如，在美国，其刑事诉讼程序可以分为审前程序、审理程序和审后程序三个阶段，而审前程序包括提出控告、逮捕、在警察局"登记"、逮捕后在治安法官前聆讯、预审、正式起诉、传讯、被告人答辩几个步骤[①]，即立案不是独立的刑事诉讼程序。而《苏俄刑事诉讼法典》第八章、《蒙古人民共和国刑事诉讼法典》第九章都专门规定了提起

---

① 参见卞建林译：《美国联邦刑事诉讼规则和证据规则》，5～6 页，北京，中国政法大学出版社，1996。

刑事诉讼程序，并对提起刑事诉讼的理由和根据，对犯罪行为的申请和告发、自首，审查有关对犯罪行为的申请和告发义务，提起刑事诉讼的程序，拒绝提起刑事诉讼，提起刑事诉讼后案件的移送，以及检察长对提起刑事诉讼的合法性的监督等问题作了明确规定。[①]

二、立案的意义

立案在刑事诉讼中的重要意义，主要体现在以下几个方面：

1. 立案是刑事诉讼的开始和必经程序

立案、侦查、起诉、审判和执行，是我国刑事诉讼法所确立的五个普通诉讼程序，其中，立案是刑事诉讼中必须首先解决的一个程序性环节，立案不启动，刑事诉讼就无法开始。公安、司法机关进行刑事诉讼，必须严格依照法定程序进行，不能随意超越、颠倒任何一个诉讼阶段，只有这样，才能保证公安、司法机关准确、及时、有效地处理刑事案件，保证刑事诉讼目的和任务的实现。当然，并非任何一个刑事案件都必须经过刑事诉讼上述的每一个阶段。比如，自诉案件由于案件事实比较清楚，情节轻微、简单，通常不经过侦查程序，而由人民法院受理案件后直接依法进行审判；有些公诉案件，如果是犯罪情节轻微，依法不需要判处刑罚或者可以免除刑罚的，在审查起诉阶段人民检察院可以作出不起诉的决定，从而终结已经开始的诉讼程序。但是在刑事诉讼中，立案是刑事诉讼中必须首先解决的一个程序性环节，只有经过立案，其他诉讼阶段才能依次进行，公安、司法机关进行侦查、起诉和审判活动才有法律依据，才能产生法律效力。尽管在遇有紧急情况时，法律允许公安机关、人民检察院在审查决定立案的同时，采取某些诸如拘留犯罪嫌疑人、勘验、检查、搜查、鉴定等强制措施或侦查方法，但这些诉讼活动的开展，仍然是为了完成立案的任务，即查明犯罪事实是否发生和是否需要追究刑事责任，并且事先必须经过有关主管领导的批准，事后必须迅速补办立案手续。总之，没有立案程序，便不能开始刑事诉讼的整个过程。

2. 正确、及时立案，有利于迅速揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪

公安、司法机关通过刑事诉讼同犯罪行为作斗争，是从立案开始的。因此，一旦发现预备实施、正在实施或已经实施的犯罪行为，并需要追究刑事责任的，必须迅速组织力量，严格按照法定立案条件进行审查，准确、及时立案，积极开展侦查或审判，发现、收集证据，揭露犯罪、证实犯罪和惩罚犯罪，使一切依法应当追究刑事责任的犯罪分子不能逃避法律的制裁。

3. 正确、及时立案，可以有效地保护公民的合法权益不受侵犯

刑事诉讼法所确立的保障无罪的人不受刑事追究，保护公民的人身权利、民

---

① 参见申君贵译，西南政法学院诉讼法教研室编：《蒙古人民共和国刑事诉讼法典》，48～51页；张仲麟等译：《苏俄刑事诉讼法典》，215～216页，北京，中国政法大学出版社，1989。

主权利和其他合法权益不受侵犯的任务，体现在立案阶段就是要求公安、司法机关通过立案前的审查，如果发现不具有犯罪事实或者依法不应当追究被控告人刑事责任的情形，就不应当立案，从而避免公安、司法机关对不应当追究刑事责任的无辜者错误地进行刑事追究，防止和减少冤假错案，从刑事诉讼的第一道关口上保障公民的合法权益不受侵犯。

4. 正确、及时立案，有利于加强社会治安综合治理

在立案过程中，公安、司法机关通过对立案材料的接受和审查，可以及时发现和掌握一定时期各种违法犯罪活动的基本情况，研究和分析犯罪活动的特点、规律和发展态势，从而为国家决策和立法机关制定相应的法律、法规和对策，为公安、司法机关有针对性地开展专项斗争、确立打击重点、提出防范措施和建议提供信息和依据，将打击犯罪与制止、减少和预防犯罪有机结合起来，搞好社会治安的综合治理。

第二节　立案的材料来源和条件

一、立案的材料来源

立案的材料来源，是指公安、司法机关获取有关犯罪事实及犯罪嫌疑人情况的材料的渠道或途径。立案必须有确实的根据，即可靠的材料来源，因为立案材料来源的可靠性直接关系到立案的准确性。公安、司法机关是否立案的决定，正是在审查立案材料来源是否真实可靠，衡量其是否符合立案条件的基础上作出的。因此，来源不清、匿名举报或道听途说等材料，在未经查证属实之前，均不能作为立案的根据。

根据我国刑事诉讼法的规定及司法实践，立案的材料来源主要有以下几个方面：

1. 公安机关或者人民检察院自行发现的犯罪事实或者犯罪嫌疑人

《刑事诉讼法》第 83 条规定："公安机关或者人民检察院发现犯罪事实或者犯罪嫌疑人，应当按照管辖范围，立案侦查。"公安机关作为国家治安保卫机关，常常处在同犯罪作斗争的第一线，在日常工作中，特别是在侦查过程中，一旦发现有犯罪事实，并需要追究犯罪嫌疑人的刑事责任的，应当按照管辖范围，主动、迅速立案侦查。而人民检察院在审查批捕、审查起诉等活动中发现有犯罪事实，并需要追究刑事责任的，也应当按照管辖范围迅速立案侦查。对于不属于自己立案管辖范围的案件，不管是公安机关，还是人民检察院，都应当及时移送有关主管机关，以保证准确、及时地惩罚犯罪，并避免和克服工作中可能出现的就案办案、等案上门以及职责不清甚至越权管辖的现象。至于人民法院在审理案件过程中，以及国家安全机关、军队内部保卫部门、监狱等在依照刑事诉讼法的有关规

定办理刑事案件过程中，发现和获得的犯罪事实及犯罪嫌疑人的材料符合立案条件的，也应当按照管辖规定，迅速立案或者及时移送有关主管机关。

2. 单位和个人的报案或者举报

《刑事诉讼法》第 84 条第 1 款规定："任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。"

单位和个人的报案或者举报，是公安、司法机关决定是否立案最主要、最普遍的材料来源。其中，报案是指单位和个人发现有犯罪事实发生，但往往不知犯罪嫌疑人为何人时，向公安机关、人民检察院、人民法院告发的行为。举报则是指单位和个人出于责任感，对其发现的犯罪事实或犯罪嫌疑人向公安机关、人民检察院和人民法院进行告发、揭露的行为。举报除了能够向公、检、法三机关提供犯罪事实发生的情况以外，通常还能提供谁是犯罪嫌疑人以及犯罪嫌疑人的有关情况。并且，举报的案件事实及证据材料与报案相比较，也详细、具体得多。

向公安、司法机关报案或者举报犯罪事实或者犯罪嫌疑人，既是任何单位和个人依法享有的权利，也是其依法应当履行的义务。从司法实践的情况看，许多案件，特别是一些重大案件，多是通过报案或举报所提供的线索而破获的。因为犯罪总是发生在一定的时间、空间范围内，总要留下蛛丝马迹或被人们觉察到，而且任何一种犯罪行为都是对国家、社会和人民群众利益的侵犯，所以，任何单位和个人出于对犯罪行为的义愤，并维护国家和社会利益、单位利益及自身的合法权益，发现犯罪事实和犯罪嫌疑人后，都会自觉地或者都应当主动向公安、司法机关报案或举报。为方便单位和个人报案或举报，公安、司法机关还设置了诸如人民检察院举报中心等专司此项职能的机构，从而不仅使告发、揭露犯罪行为的方式、手段形成规范化的制度，而且还有利于提高人民群众同犯罪作斗争的积极性，更进一步地体现刑事诉讼实行专门机关与群众相结合的原则。

3. 被害人的报案或者控告

一方面，被害人作为遭受犯罪行为直接侵害的对象，具有揭露犯罪、追究犯罪的强烈愿望和积极主动性；另一方面，在许多案件中，因为被害人与犯罪嫌疑人有过直接接触，能够提供较为详细、具体的有关犯罪事实和犯罪嫌疑人的情况，从而其控告对于追究犯罪具有重要的证据价值。因此，被害人的报案或者控告也是立案材料的主要来源。

《刑事诉讼法》第 84 条第 2 款规定："被害人对侵犯其人身、财产权利的犯罪事实或者犯罪嫌疑人，有权向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者控告。"其中，控告是指被害人（包括自然人与法人）就其人身、财产权利遭受不法侵害的事实及犯罪嫌疑人的有关情况，向公安、司法机关进行揭露与告发，要求依法追究其刑事责任的诉讼行为。这里还应当说明的是，根据刑事诉讼法的有关规定，被害人死亡或者丧失行为能力的，其法定代理人、近亲属也有权提出控告。

被害人的报案尽管与任何单位和个人的报案在内容上有相同之处，即告发、揭露的只是有关犯罪事实而不知犯罪嫌疑人为何人，但二者在范围及主体方面还是有明显区别的：被害人报案的范围仅限于其人身、财产权利遭受犯罪行为侵害的事实，且被害人与案件的处理结果有直接利害关系，是刑事诉讼的当事人；而任何单位和个人的报案，其范围不受犯罪行为性质的限制和约束，并且报案的主体通常与案件也没有直接的利害关系。

4. 犯罪人的自首

自首，是指犯罪人在实施犯罪行为之后自动投案，如实交代自己的罪行并接受公安、司法机关的审查和审判的行为。自首一般是在犯罪行为未被发觉，或者虽被发觉但尚未被公安、司法机关查获或被扭送时，犯罪人自己或者在其家长、监护人、亲友陪同、护送等情况下，主动向公安、司法机关如实交代自己的罪行。但根据有关的司法解释①，犯罪人向其所在单位、城乡基层组织或其他有关负责人投案的；犯罪人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人代为投案，或者先以信件、电话投案的，等等，都应视为投案自首。我国《刑法》第 67 条第 1 款规定，对于自首的，“可以从轻或者减轻处罚。其中犯罪较轻的，可以免除处罚”。因此，刑事诉讼法将犯罪人的自首确立为重要的立案材料来源之一，含有鼓励犯罪分子积极主动投案自首，以争取国家法律宽大处理的用意。

以上四个方面是刑事诉讼法规定的立案材料来源，除此以外，在司法实践中，上级机关交办的案件以及有关机关移送的案件通常也是刑事立案的重要材料来源。如工商、税务、审计、监察、海关等行政执法机关在自己的执法活动中如果发现行为人的行为已经构成犯罪，需要追究刑事责任的，应当按照有关管辖的规定向公安、司法机关移送，以通过刑事诉讼程序依法追究行为人的法律责任。

二、立案的条件

立案必须以一定的事实材料为依据，但这并不意味着有了一定的事实材料就能够立案。只有当这些材料所反映的事实符合立案的法定条件时，才能做到正确、合法、及时立案。

《刑事诉讼法》第 86 条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案。”根据这一规定，立案必须同时具备两个条件：

1. 有犯罪事实

---

① 参见最高人民法院 1998 年 4 月 6 日法释［1998］8 号《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》。

有犯罪事实作为立案的事实条件，包括两方面的含义：一是在刑事诉讼中，需要立案追究刑事责任的必须是依照刑法的规定构成犯罪的行为，而非一般违法，违反党纪、政纪，违反社会主义道德的行为。即立案首先要划清罪与非罪的界限。二是必须有一定的证据证明犯罪事实确已发生和存在，绝非出于司法工作人员的主观想象或猜测，更不是道听途说、捕风捉影或凭空捏造。当然，由于立案只是刑事诉讼的起始阶段，尚不能要求证据达到能够证实犯罪嫌疑人为何人以及犯罪的目的、动机、手段、方法等一切情节的程度。查明犯罪嫌疑人、查清案件的全部事实情节应当是立案以后侦查阶段的任务。立案时只要具有足以证明犯罪事实已经发生的证据材料即可。

2. 需要追究刑事责任

需要追究刑事责任作为立案的法律条件，是指行为人的行为已构成犯罪，并且依照刑法的有关规定应当处以刑罚。我们知道，立案是以追究行为人的刑事责任为前提的，但并非对于所有的犯罪行为，法律都规定需要追究刑事责任。因此，法律规定不追究刑事责任的，就是缺乏立案的法律条件，公安、司法机关就不应当立案。所谓法律规定不追究刑事责任，主要是指《刑事诉讼法》第 15 条规定的六种情形：（1）情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；（2）犯罪已过追诉时效期限的；（3）经特赦令免除刑罚的；（4）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（6）其他法律规定免予追究刑事责任的。

具有以上六种情形之一的，公安、司法机关就不应当追究刑事责任，不予立案，对于已经立案的，也应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。除此之外，对于某一犯罪行为，如果已经依法审判且判决已经生效，除非再审，不得就同一罪行再次立案追究其刑事责任。

总之，法律规定的立案的两个条件必须同时具备，缺一不可。在司法实践中，公、检、法三机关办理刑事案件时，一定要准确把握立案的条件，并将法律规定的立案条件作为审查确定是否开始刑事诉讼程序的根本依据，保证刑事诉讼活动从一开始就能正确、合法、及时地进行，并保证案件的质量，顺利完成刑事诉讼法的任务。

为了统一执行国家的刑事法律，正确把握立案的条件，公安部、最高人民检察院和最高人民法院根据《刑事诉讼法》的有关规定，对于各自管辖的刑事案件都分别或联合制定了具体的立案标准，如 1997 年 12 月 31 日最高人民检察院第八届检察委员会第 74 次会议通过的《关于检察机关直接受理立案侦查案件中若干数额、数量标准的规定（试行）》，最高人民法院、最高人民检察院、公安部 1998 年 3 月 26 日发布的《关于盗窃罪数额认定标准问题的规定》等。立案条件是立案标准的法律依据，而立案标准则是立案条件的具体化。对于公安、司法机关而言，在作出是否立案的决定时，立案的条件和立案的标准都应当掌握和执行。

由于自诉案件不经过侦查程序，自诉人向人民法院起诉后，如果符合立案条件，人民法院就应当受理，并直接进入审判程序，所以，自诉案件的立案条件应当高于公诉案件的立案条件，即自诉案件的立案除了应当具备公诉案件的两个立案条件以外，根据《高法解释》第186条的规定，还应当具备下列条件：(1) 属于自诉案件范围；(2) 属于该人民法院管辖；(3) 刑事案件的被害人告诉的；(4) 有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。如果该案件属于《刑事诉讼法》第170条第3项规定的自诉案件，还应当符合《刑事诉讼法》第86条、第145条的规定。

第三节　立案程序和立案监督

一、立案程序

立案程序是立案活动中各种诉讼活动进行的先后步骤和形式。它主要包括对立案材料的接受、审查和处理三个方面。

(一) 对立案材料的接受

根据《刑事诉讼法》第84条的规定，公安机关、人民检察院或者人民法院对于任何单位、个人和被害人的报案、举报和控告以及犯罪人的自首，无论是否属于自己的管辖范围，都应当接受，不得推诿或者拒绝。因为《刑事诉讼法》关于管辖的划分是针对公、检、法三机关的职责权限而言的，单位、个人或被害人的报案、举报、控告以及犯罪人的自首并不受此限制。但公、检、法三机关接受后，发现不属于自己管辖的，应当移送有关主管机关处理，并且通知报案人、控告人、举报人或自首的犯罪人。对于不属于自己管辖范围而又必须采取紧急措施的，应当先采取紧急措施，然后再移送有关主管机关，以防止犯罪嫌疑人逃跑、自杀、行凶、毁灭罪证等妨碍或逃避侦查、起诉和审判行为的发生。

对于自诉案件，被害人有权直接向人民法院起诉。被害人死亡或者丧失行为能力的，被害人的法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉，人民法院应当受理。这里需要特别指出的是，对于《刑事诉讼法》第170条第3项规定的案件，即被害人有证据证明被告人侵犯自己人身、财产权利的案件，公安机关、人民检察院本应追究被告人刑事责任，但作了不立案、不起诉或不追究刑事责任决定，被害人直接向人民法院递交有关犯罪事实材料要求起诉的，如果符合法律规定的公诉转化为自诉的条件，人民法院也不得以该案属于公诉案件为由拒绝受理。

为了便于单位、个人以及被害人行使报案、控告、举报权，有利于群众及时同犯罪作斗争，保护国家、社会和公民个人的合法利益，法律规定：报案、控告、举报既可以书面方式提出，也可以口头方式提出，两者具有同等的法律效力。接受口头报案、控告、举报的公安人员、检察人员和审判人员，应当就报案、控告、

举报的内容认真、详细地写成笔录，经宣读无误后，由报案人、控告人、举报人签名或者盖章。对于单位报案、控告、举报的，应当由单位负责人签名或者盖章，以便查证和防止诬告陷害。对于犯罪人的自首，接受自首的公安、司法人员也应当将犯罪人投案自首的时间、地点，以及其供述的犯罪行为发生的过程、情节、手段、后果等写成笔录，并经宣读无误后，由自首人签名或者盖章。

为了保证公安、司法机关准确、及时打击犯罪、惩罚犯罪，保障无辜的公民不受诬告陷害，保证控告、举报的真实性，法律规定接受控告、举报的公安、司法人员应当向控告人、举报人说明诬告应负的法律责任，以使他们能够实事求是，尽量客观、准确、全面地揭发、控告自己所知道的有关犯罪事实或犯罪嫌疑人的情况。同时，为了不挫伤控告人、举报人揭露犯罪、同犯罪作斗争的积极性，消除其所存在的思想顾虑，法律还要求公安、司法人员严格区分错告、误告与诬告。只要不是捏造事实、伪造证据，即使控告、举报的事实有出入，甚至是错告的，也要和诬告严格加以区别。但对于其中故意捏造事实、伪造证据、有意诬告陷害构成犯罪的，应当依法追究其刑事责任。

由于报案、控告和举报是公安、司法机关立案的重要材料来源，对于及时侦破案件，查获犯罪嫌疑人，打击、惩罚犯罪，维护国家和人民利益具有十分重要的意义，故而为了保护人民群众同犯罪作斗争的积极性，《刑事诉讼法》第 85 条第 3 款规定："公安机关、人民检察院或者人民法院应当保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的安全。报案人、控告人、举报人如果不愿公开自己的姓名和报案、控告、举报的行为，应当为他保守秘密。"根据这一规定，公安机关、人民检察院、人民法院应当采取必要措施，切实保障报案人、控告人、举报人及其近亲属的人身、财产安全。凡对报案人、控告人、举报人进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复、陷害的，都应当严肃查处；构成犯罪的，应当依法追究其刑事责任。其中，如果是国家工作人员滥用职权，假公济私，对控告人、举报人等实行报复陷害的，根据《刑法》第 254 条"处二年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处二年以上七年以下有期徒刑"。对于尚不够刑罚处罚的，依法给予治安管理处罚，或者建议有关主管部门予以党纪、政纪处分。对于报案人、控告人、举报人不愿意公开自己的姓名和报案、控告、举报行为的，公安、司法机关也负有为其保守秘密的义务，以防止打击报复行为的发生，充分保护报案人、控告人、举报人的人身和财产安全。

公安机关、人民检察院和人民法院的工作人员在接受报案、控告、举报或者犯罪人自首的立案材料后，应当填写"受理刑事案件登记表"。

（二）对立案材料的审查

根据《刑事诉讼法》第 86 条的规定，人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围迅速进行审查。

公、检、法三机关对接受的立案材料进行审查核实，是能否正确、及时立案

的关键。因为立案或者不立案，取决于公、检、法三机关对立案材料审查的结果，而审查材料的过程，也就是根据法律所规定的立案条件，确认有无犯罪事实和分析、评断这种犯罪事实是否需要追究刑事责任的过程。因此，对立案材料的审查是一项十分重要的工作。

人民法院、人民检察院、公安机关对立案材料审查的内容，如前所述，主要是案件是否属于本部门管辖，是否符合立案条件。而对立案材料审查的方法，通常则是根据已掌握的材料和证据，确认犯罪事实是否存在，是否依法应当追究刑事责任。经过审查认为犯罪事实存在，依法应当追究刑事责任的，应当迅速作出立案决定。经过审查认为证据不足、不能判明犯罪事实是否发生的，或对立案材料尚有疑问的，可以要求报案人、控告人、举报人补充材料或者进一步说明情况。公安、司法机关也可以自行调查、收集证据，必要时可以采取勘验、检查、鉴定、询问知情人等一般调查方法。但通常情况下，人民检察院和公安机关对案件的侦查活动以及人民法院对案件的审判活动，均应在立案以后进行。此外，对立案材料的审查，公安、司法机关还可以委托发案单位进行调查，或者公安、司法机关与发案单位或其上级主管部门等共同进行调查。

对于自诉案件，由于法律要求自诉人在提出控诉时，应当同时提出证明犯罪事实发生的各种证据，故而人民法院在审查过程中，如果认为自诉人提出的证据不充分，可以要求自诉人补充证实有关犯罪事实的材料，但立案前法院不能进行调查。

总之，立案前的审查仅仅是为了查明是否确有犯罪事实发生，以便判明是否需要立案追究犯罪行为人刑事责任，而不是要求查明犯罪的目的、动机、手段、过程等全部的犯罪事实，也不要求在这一阶段查清谁是犯罪嫌疑人，因为这是立案以后侦查阶段的任务。因此，司法实践中存在的“不破不立”、“先破后立”等“提高”刑事案件破案率的做法都是错误的，应予以纠正。

（三）对立案材料的处理

对立案材料的处理，是指公安机关、人民检察院或者人民法院对报案、控告、举报和自首的材料进行审查后，根据事实和法律作出立案或不立案的决定。

1. 立案

公安机关、人民检察院、人民法院经过对立案材料的审查，认为符合立案条件，即确有犯罪事实发生，对犯罪行为人依法需要追究刑事责任的，应当作出立案的决定。

决定立案的，应当先由承办人员写出立案报告书或者填写“立案报告表”。立案报告书的内容应当写明：立案机关的名称，立案的材料来源和案由，发案的时间、地点、犯罪事实、现有的证据材料，立案的法律根据和初步意见，立案的时间，承办人姓名等。然后，承办人员将制作好的立案报告书或“立案报告表”连同有关证据材料报送本机关主管领导审批。经批准后，填写“立案决定书”并由

负责审批人签名或盖章，以标志正式立案。

对于自诉案件，经过审查，如果认为符合立案条件的，人民法院应当在收到自诉状或者口头告诉第二日起 15 日以内作出立案决定，并书面通知自诉人。

2. 不立案

接受立案材料的公安、司法机关，经审查，如果认为不符合立案条件，即没有犯罪事实发生，或者不需要追究刑事责任的，应当作出不立案的决定。

决定不予立案的，应当制作“不立案决定书”，写明案件的材料来源、决定不立案的理由和法律依据、决定不立案的机关等。“不立案决定书”也必须经过主管机关或者主管部门的负责人批准。

根据《刑事诉讼法》、《公安部规定》以及《检察院规则》的有关规定，如果案件材料来源于控告人提出的控告，公安机关决定不立案的，还应当制作“不予立案通知书”，在 7 日内送达控告人，并告知控告人如果不服，可以申请复议。控告人对公安机关不立案决定不服的，在收到“不予立案通知书”后 7 日以内，有权向原作出决定的公安机关申请复议。接受复议的公安机关应当在收到复议申请后 10 日以内作出决定，并将复议结果书面通知控告人。控告人如果对公安机关不立案的决定不服，还有权向人民检察院提出申诉，请求人民检察院按立案监督程序要求公安机关立案。

控告人对人民检察院不立案决定不服的，可以在收到不立案通知书后 10 日以内申请复议。人民检察院应当在收到复议申请后 15 日以内作出答复。

根据《刑事诉讼法》第 170 条的规定，控告人对公安机关、人民检察院不立案决定不服的，如果其控告的内容符合该条第 3 项的规定，控告人有权直接向人民法院起诉。

对于自诉案件，经审查不符合立案条件的，人民法院应当在 15 日以内作出不立案决定，书面通知自诉人并说明不立案的理由和根据。

对于某些控告、举报的材料，虽不够立案条件，但被控告人、被举报人的行为有严重错误或者属于违法行为，需要作党纪、政纪处分，或者需要给予行政处罚的，应当将控告、举报的材料移送有关主管机关进行处理。

二、立案监督

人民检察院对刑事诉讼实行法律监督是我国刑事诉讼的一项基本原则。由于立案是刑事诉讼程序中的独立阶段，故而对立案活动实行法律监督是刑事诉讼法律监督的重要内容之一。1979 年《刑事诉讼法》没有明确规定人民检察院对公安机关实行立案监督，人民检察院在法律监督活动中发现不应立案而公安机关已立案侦查的案件，主要通过审查批捕、审查起诉加以纠正。但在司法实践中，还存在着较为严重的“有案不立”、“以罚代刑”等应立案而不予立案的问题。这些问题的存在，不仅有碍法律的统一、正确实施，损害法律的权威和尊严，而且造成

了对犯罪打击不力的现象。鉴于此，修订后的《刑事诉讼法》就人民检察院对公安机关立案活动的监督作了专门规定，从而使人民检察院对公安机关的立案监督有了明确的法律依据，加强和完善了人民检察院的刑事法律监督职能，并有利于打击和惩罚犯罪，防止罪犯逍遥法外、逃避法律制裁，维护国家和人民的利益，保证国家法律的统一、正确实施。

然而，理论界对刑事立案监督的含义的不同理解，导致对立案监督的范围界定产生了不同的认识。主要有以下几种观点：

第一种观点认为，立案监督是指检察机关在公安机关应当立案而不立案时，通知公安机关立案的诉讼活动，即立案监督是指检察机关对公安机关不立案的决定实施监督。具体而言，立案监督的内容是“人民检察院认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的”[1]。换言之，我国目前的立案监督只限于对消极的立案行为进行监督。该观点的法律依据是《刑事诉讼法》第 87 条的规定，该法条规定：“人民检察认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查的，或者被害人认为公安机关对应当立案侦查的案件而不立案侦查，向人民检察院提出的，人民检察院应当要求公安机关说明不立案的理由。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立的，应当通知公安机关立案，公安机关接到通知后应当立案。”根据这一规定，人民检察院对于公安机关应当立案而不立案的情况，主要是通过开展各种检察业务活动以及被害人的申诉等途径发现的。人民检察院发现公安机关应当立案侦查而不立案侦查的案件，以及接受被害人不服公安机关不立案决定的申诉后，应当根据事实和法律进行认真的审查。审查时，应当要求公安机关说明不立案的理由，并可以要求被害人提供有关材料，必要时也可以开展有关的调查工作。根据《六机关规定》第 7 条的规定，公安机关在收到人民检察院“要求说明不立案理由通知书”后 7 日内应当将说明情况书面答复人民检察院。人民检察院认为公安机关不立案理由不能成立，发出“通知立案书”时，应当将有关证明应该立案的材料同时移送公安机关。公安机关在收到“通知立案书”后，应当在 15 日内决定立案，并将立案决定书送达人民检察院。经审查，人民检察院如果认为公安机关不立案的理由成立，案件确实不符合法定立案条件的，也应当及时将不立案的理由和根据告知被害人。一方面做好被害人的工作，使其及时息讼；另一方面，在符合《刑事诉讼法》第 170 条规定的情况下，使被害人能够及时行使公诉转化为自诉的权利。

第二种观点认为，立案监督是人民检察院依法对公安机关的立案活动是否合法进行的监督。该观点认为，决定立案的积极立案行为和决定不立案的消极立案

---

① 张穹主编：《人民检察院刑事诉讼理论与实务》，353 页，北京，法律出版社，1997。

行为有着相同的法律属性，都属于立案行为。既然对不立案的决定要进行监督，那么，对于立案的决定同样也要进行监督。在司法实践当中，不仅存在“应立而不立”的情况，也存在“不应立而立”的现象，其危害与消极立案中的违法行为造成的危害同样大。①

第三种观点认为，刑事立案监督是指人民检察院对公安机关、人民法院以及检察院自身的刑事立案活动是否合法，所作出的立案决定或不立案决定是否正确所进行的监督。② 该观点认为，监督对象除了公安机关的立案活动外，人民检察院自侦案件的立案监督、人民法院直接受理自诉案件以及公诉转自诉案件的立案监督，也包括在立案监督之内。

此外，还有的观点认为立案监督有广义和狭义之分，其中，狭义的立案监督是指检察机关对立案实施的法律监督；广义的立案监督则是指除检察机关的法律监督外，还包括其他单位和个人对立案进行的监督。③

【问题与思考】

1. 立案的概念和意义是什么?
2. 如何理解立案程序的独立性?
3. 如何理解立案的条件?
4. 立案的材料来源包括哪些范围?
5. 立案、不立案分别应当遵循哪些程序?
6. 案例讨论：

汪某与邻居陈某发生口角，陈某的儿子下班回家看到后，立即回房间拿着一根木棍朝汪某头部猛击数下，致使汪某当时晕倒在地，事后经医院诊断证明为脑震荡。汪某家人找到当地派出所，要求报案。派出所民警认为本案应由汪某本人报案，其家人没有报案资格，而且医院诊断证明不能作为证据使用，因此拒不立案。汪某家人于是向人民检察院提出立案监督的请求，人民检察院工作人员立即打电话给派出所，要求其直接立案。派出所所长当即表示拒绝。于是人民检察院决定直接对此案进行侦查。

问题： 本案的立案程序中有哪些程序性违法行为?

---

① 参见莫德勤、刘选：《刑事立案监督中的若干问题》，载《法学评论》，1998（4）。

② 参见廖继林：《关于刑事立案监督的法律思考》，载《检察理论研究》，1996（1）。

③ 参见程荣斌主编：《中国刑事诉讼法教程》，378页，北京，中国人民大学出版社，1997。

第十三章 侦 查

第一节 侦查基本理论
一、侦查的概念
二、侦查的任务和意义
三、侦查工作的原则
四、侦查的司法控制

第二节 侦查行为
一、讯问犯罪嫌疑人
二、询问证人、被害人
三、勘验、检查
四、搜查
五、扣押物证、书证
六、鉴定
七、通缉

第三节 侦查终结
一、侦查终结的概念和意义
二、侦查终结的条件
三、侦查终结的处理
四、侦查中的羁押期限

第四节 人民检察院对直接受理案件的侦查
一、人民检察院在自侦案件中的侦查权限
二、侦查终结后的处理

第五节 补充侦查
一、补充侦查的概念和意义
二、补充侦查的种类和形式

第六节 侦查监督
一、侦查监督的概念和意义
二、侦查监督的范围
三、侦查监督的途径和措施

本章概要

作为国家专门机关同犯罪作斗争的有力手段，侦查是刑事诉讼程序中的一个独立诉讼阶段，在刑事诉讼中具有非常重要的地位。由于在侦查过程中极易发生侵犯公民权利的行为，故而侦查必须严格依照法定程序来进行，而加强对侦查权的司法控制则是立法的趋势所在。

关键术语

侦查　讯问　询问　勘验　检查　搜查　扣押　侦查终结　补充侦查

第一节　侦查基本理论

一、侦查的概念

社会为保障自身安全，需要有一支得到社会信任，遵循正确指导，受到良好训练，执行严明纪律的警察队伍。他们应该能够在犯罪之前就阻止犯罪行为，或者如果犯罪发生，他们能够侦破并将罪犯送交法院审判。

——【英】丹宁勋爵

我国《刑事诉讼法》第82条第1项明确规定：侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

在我国，侦查是全部刑事诉讼程序中的一个独立诉讼阶段，在刑事诉讼中具有非常重要的地位，是国家专门机关同犯罪作斗争的强有力的手段。因为刑事案件立案以后，侦查机关为查明案情、查获犯罪嫌疑人，必须依法开展侦查活动，收集确实、充分的证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪重或者罪轻的各种证据材料，从而为检察机关提起公诉和人民法院进行审判做好充分的准备和奠定坚实的基础。

为了正确理解侦查的概念，应当着重明确其以下几个方面的特征：

1. 享有侦查权的主体具有特定性

侦查权的行使直接关系到国家安全、社会稳定和公民合法权益是否受到侵犯，因此，法律对行使侦查权的主体作了明确规定。《刑事诉讼法》第82条第1项规

定："侦查是指公安机关、人民检察院在办理案件过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。"由此可见，我国刑事诉讼中的侦查主体主要是公安机关和人民检察院。

此外，《刑事诉讼法》第 4 条规定："国家安全机关依照法律规定，办理危害国家安全的刑事案件时，行使与公安机关相同的职权。"第 225 条又规定："军队保卫部门对军队内部发生的刑事案件行使侦查权。对罪犯在监狱内犯罪的案件由监狱进行侦查。"由此可见，我国享有侦查权的机关有公安机关、人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门和监狱，除此以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使侦查权。

2. 侦查活动的内容具有特定性

侦查活动的内容，根据法律规定，是专门调查工作和有关的强制性措施。其中，专门调查工作是指刑事诉讼法所规定的讯问犯罪嫌疑人，询问证人，勘验，检查，搜查，扣押物证、书证，鉴定，通缉等活动。应当注意的是，这种专门的调查工作，与人民法院在庭审过程中在调查核实证据时，依照刑事诉讼法的有关规定所进行的勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结等活动，具有截然不同的法律性质，后者属于审判中的调查活动而不属于侦查活动的范畴。

所谓有关的强制性措施，则是指为保证专门调查工作的顺利进行，侦查机关在必要时采取的诸如强制搜查、强制扣押等强制性方法，以及为防止犯罪嫌疑人逃跑、毁灭罪证、串供等而采取的限制或剥夺其人身自由的强制措施，如拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。

3. 侦查权行使的合法性

为了实现侦查的目的，保证侦查机关能够发现和收集与案件有关的各种证据，查明案件事实，查获犯罪嫌疑人，防止其继续犯罪或逃避侦查、起诉或审判，保障诉讼活动的顺利进行，我国刑事诉讼法对侦查的主体、侦查的内容和方式以及侦查的程序都作了严格的规定。同时，由于侦查是以国家强制力为后盾的，每一项侦查活动的开展都程度不同地带有强制性，稍有违法，便会侵犯公民的合法权益，故而侦查机关在行使侦查权、进行侦查活动时，只有严格遵守法律规定，才能客观、全面地收集证据，查明案件事实，充分保护公民的合法权益不受侵犯，更好地实现刑事诉讼法的目的和完成刑事诉讼法所赋予的侦查任务。

4. 侦查程序性质的双重性

关于侦查程序的性质，大陆法系一直存在"行政程序说"和"司法程序说"两种观点。前者认为侦查程序在相当程度上具有不同于司法程序的特点，它不容易受到法律的约束，其本质上是行政程序，在侦查行为的效果上，它首要考虑的不是合法性而是合目的性；同时，侦查行为实施的主动性有别于司法的被动性要求。后者则认为，侦查程序虽然不能与审判程序等量齐观，但考虑到对侦查程序的法律约束的要求以及保障公民人权的需要，它可以被视为一种准司法过程，即

在对侦查程序进行设计时必须考虑到对公安、司法机关侦查行为的实施予以限制，对公民的权利给予保障和赋予其相应的救济手段。上述两种观点从不同的角度对侦查的特征进行了分析。我们认为，侦查程序是行政性和司法性两种特征兼而有之：一方面，侦查程序的行政性主要表现为侦查程序的职权性和裁量性，即侦查机关有权在法律规定的范围内依据职权主动进行侦查，并享有广泛的自由裁量权，但绝不因此而否认侦查程序的自治性和侦查机关行使侦查权时的独立性；另一方面，侦查程序的司法性主要表现为官方的侦查行为必须尽可能地做到客观、公正，并且受到法律的严格约束，但绝不因此而否认侦查行为本身还应当受到诉讼内或诉讼外的事后审查。①

二、侦查的任务和意义

（一）侦查的任务

侦查的任务，概而言之，就是收集证据，查明犯罪事实和查获犯罪嫌疑人，为打击和预防犯罪、保障诉讼的顺利进行提供可靠的根据；具体而言，是指侦查机关依照法定程序对已经立案的刑事案件进行侦查，收集、调取犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪轻或者罪重的各种证据材料，准确、及时地查明犯罪事实，查获犯罪嫌疑人，并根据案件的具体情况采取必要的强制措施，以防止犯罪分子逃避侦查或继续犯罪，毁灭、伪造证据、串供等，以便将犯罪嫌疑人顺利交付起诉和审判，保障诉讼活动的顺利进行，保护国家、集体和公民个人的合法利益不受侵犯。同时，在侦查过程中，还应当注意总结犯罪分子作案的特点和规律，加强法制宣传、教育，协同有关部门做好社会治安综合治理工作，以减少和预防犯罪。

根据《刑事诉讼法》第90条的规定，以往公安机关完成侦查任务，一般分为侦破和预审两个阶段，其中，侦破阶段的主要任务是收集证据和查获犯罪嫌疑人，而预审阶段的主要任务则是对收集、调取的证据材料予以核实。但需要指出的是，“随着公安机关刑侦体制的改革，公安机关内部实行‘侦审一体化’，预审部门取消了，但预审工作还存在”②。即尽管公安机关取消了预审部门，但是对于经过侦查收集、调取的证据材料，仍需进一步运用侦查手段复核、查实，为准确认定案件事实、正确处理案件打下坚实的基础。

（二）侦查的意义

侦查作为公诉案件的必需程序，在刑事诉讼中具有十分重要的意义：

1. 侦查是与犯罪行为作斗争的重要手段

公安、司法机关进行刑事诉讼的目的之一，是准确、及时地惩罚犯罪，保护

---

① 参见孙长永：《侦查程序与人权》，1～9页，北京，中国方正出版社，2000。

② 刘国祥、崔欣编著：《公安机关办理刑事案件程序规定释义与法律文书制作指南》，350页，北京，警官教育出版社，1998。

人民。犯罪是一种错综复杂的社会现象，犯罪活动大多是在极其隐蔽的情况下进行的，而且犯罪分子实施犯罪行为以后，为了逃避法律的制裁，往往采取各种手段掩盖事实真相，毁灭证据，制造假象，如果公安、司法机关不采取强有力的侦查手段，就难以收集到确实、充分的证据和准确、及时查清案件事实、查获犯罪嫌疑人，就不能完成刑事诉讼打击犯罪、保护人民、保障社会稳定的任务，因此，侦查是公安、司法机关有效地同犯罪行为作斗争的强有力的手段。

2. 侦查是提起公诉和正确审判的基础和前提条件

司法实践证明，侦查工作的好坏，将直接影响起诉和审判。因为刑事案件立案以后，揭露犯罪、证实犯罪、查获犯罪嫌疑人等大量的实质性的工作，是通过侦查程序完成的。法律要求侦查终结的案件必须事实清楚、证据确实、充分，因此，在侦查过程中，侦查机关如果能够严格按照法律规定，通过开展专门的调查工作和采取有关的强制性措施，收集确实、充分的证据，查明案件事实情况，查获犯罪嫌疑人，就能够为人民检察院准确、及时批捕、提起公诉，为人民法院正确进行审判奠定坚实的基础和提供前提条件。如果侦查工作存有任何疏漏或偏差，都将影响起诉和审判工作的顺利进行，影响案件正确、及时、合法处理。

3. 侦查是预防犯罪的有力措施

侦查不仅是打击和惩罚犯罪的重要手段，在预防犯罪活动方面也起着极为重要的作用。通过侦查活动，一方面，可以教育群众，强化群众的法制观念，提高群众守法的自觉性，提高群众同犯罪作斗争的积极性；另一方面，还可以总结和掌握犯罪的特点和规律，发现有关机关、单位与企业存在的隐患和漏洞，及时采取有效措施消除隐患、堵塞漏洞，加强安全防范措施，加强社会治安综合治理，以预防和减少犯罪。

三、侦查工作的原则

为了更好地完成侦查任务，揭露、证实和惩罚犯罪，侦查人员在侦查活动中，除了必须遵守刑事诉讼法规定的基本原则外，根据侦查工作的特点，还必须遵守下列各项工作原则：

1. 迅速、及时原则

侦查工作本身的特点决定了侦查工作必须迅速、及时。侦查机关接到报案后，要立即组织侦查力量，制订侦查方案，及时抓住战机，采取侦查措施，开展侦查活动，拘捕、审讯犯罪嫌疑人，收集案件的各种证据，以防止犯罪分子隐匿、毁灭、伪造证据，或者逃跑、自杀或继续犯罪。如果侦查机关行动迟缓，失掉有利战机，就有可能因时过境迁、犯罪现场遭破坏、犯罪痕迹消灭、人犯潜逃等，给侦查破案工作造成困难。

2. 客观、全面原则

侦查的任务就是依照法律规定，准确查明客观存在的案件事实，全面收集能

够证明案件真实情况的一切证据。因此，侦查人员在侦查过程中，应当一切从实际情况出发，坚持重事实、重证据、重调查研究的态度，认真分析、研究案情，如实反映案件的客观真实，切忌主观臆断和先入为主。在收集证据时也要注意全面性，既要收集能够证明犯罪嫌疑人有罪、罪重的证据，又要收集能够证明犯罪嫌疑人无罪、罪轻的证据；既要认真听取控诉一方的意见，也要认真听取辩护一方的意见，从而保证侦查案件的质量。

3. 深入、细致原则

在侦查过程中，为了准确查明案件的真实情况，侦查人员还必须坚持深入、细致的原则。这就要求侦查人员应当具备深入、细致的工作作风，广泛而深入地依靠群众，调查、了解一切与案件有关的情况，不放过一点点蛛丝马迹，不忽略任何细枝末节，从而查清犯罪构成基本要件和犯罪的各种具体情节，排除案件所有证据材料中的一切疑点和矛盾。

4. 遵守法制原则

侦查是一项严肃的执法活动，侦查机关和侦查人员进行侦查活动必须严格遵守法律规定的程序。因为侦查机关所使用的各种专门侦查手段和采取的强制性措施稍有不慎，便会侵犯公民的人身权利、民主权利和其他合法权利，所以，侦查人员必须增强法制观念，严格依照刑事诉讼法的规定收集证据，严禁刑讯逼供或以引诱、威胁、欺骗等非法的方法获取口供。适用各种强制性措施时，也必须坚持法律规定的条件和程序，以防止误伤好人而放纵真正的罪犯，从而保障侦查活动的顺利进行，维护社会主义法制，保护公民的合法权益不受侵犯。

5. 保守秘密原则

侦查过程中，如果将案情、侦查线索、侦查方向和意图、侦查措施、证据材料或者当事人、其他诉讼参与人以及举报人、控告人等有关情况向无关人员泄露，会干扰、破坏侦查工作的顺利进行，影响案件的及时侦破，影响侦查机关同刑事犯罪作斗争。因此，侦查人员必须严格遵守侦查纪律，保守侦查秘密，对于违反者，根据其情节和后果，依法追究其法律责任。

四、侦查的司法控制

每一个社会均须有保护人本身不受犯罪分子危害的手段，社会必须有权利适当运用，这些手段都是自由的保卫者。但是这种权利也可能被滥用。而假如它被滥用，那么任何暴政都要甘拜下风。

——【英】丹宁勋爵

刑事诉讼的直接目的包括控制犯罪和保护人权两个方面。但是这并不意味着在任何一项具体制度的设计上都等量地配置了这两方面的功能。就侦查而言，由于侦查行为的实施大都涉及公民的合法权益，对其进行合理制约显得尤为重要。

另外，侦查是为了查清案件事实真相，为最终将犯罪嫌疑人交付法院审判做好准备工作，因此，侦查权的运行应主动适应司法的要求，司法权也应介入侦查程序中，对侦查行为进行适当约束。

目前，在司法实践中，侦查活动存在的主要问题有：一是侦查手段的滥用，二是违法行为的存在和缺乏制裁。而现行立法体制对侦查权缺乏有效的规制。法院、检察院无从对侦查程序施以实质性的控制。针对所出现的两种情形，应当分别采取不同的司法控制形式。针对前者，应当实施事前审查，在侦查机关作出影响公民重要基本权利的侦查行为之前，应由裁判主体也就是法官来进行司法审查，由其作出决定。这里要指出的是，并非对所有的侦查行为都进行事前审查，因为这有悖于刑事诉讼的效率原则，要接受事前审查的侦查行为主要应包括：逮捕、羁押、搜查等一些较严厉的措施。有的学者将其称为强行性侦查措施，而与之相对应的任意性侦查措施的采用则可由侦查机关独立地作出决定。针对后者，则应进行事后审查。具体而言，公民对于侦查机关在侦查过程中对其合法权益的侵害，可以寻求司法途径进行救济，也就是采取提起行政诉讼的方式进行。这样，通过事前审查和事后审查的双管齐下来保障侦查活动依法进行，既控制犯罪，又保护公民的合法权益，从而实现刑事诉讼的目的。

第二节　侦查行为

侦查行为是指侦查机关在办理案件过程中，依照法律规定进行的各种专门调查工作。刑事诉讼法规定的侦查行为主要有以下几种：

一、讯问犯罪嫌疑人

刑讯是一种绝好的发明。它一方面可以使一个意志薄弱的无辜者被判有罪，另一方面可以使一个意志坚强的有罪者被判无罪。

——【意】贝卡利亚

（一）讯问犯罪嫌疑人的概念和意义

讯问犯罪嫌疑人是指侦查人员依照法定程序以言词方式，向犯罪嫌疑人查问案件事实和其他与案件有关问题的一种侦查活动。

讯问犯罪嫌疑人是每一个刑事案件中侦查工作的必经程序，在侦查中具有十分重要的意义：一方面，有利于侦查人员收集、核实证据，查明案件事实，查清犯罪情节，并发现新的犯罪线索和其他应当追究刑事责任的犯罪分子；另一方面，又可以为犯罪嫌疑人如实供述罪行或充分行使辩护权提供机会，使侦查机关通过听取犯罪嫌疑人陈述和申辩，在保护犯罪嫌疑人合法权益的同时，保障无罪的人和其他依法不应追究刑事责任的人免受刑事追诉。

（二）讯问犯罪嫌疑人的程序

根据刑事诉讼法的规定，讯问犯罪嫌疑人应当严格遵守下列程序：

1. 讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行，除法律规定以外的其他任何机关、其他任何人员都无权行使这项专有职权。并且，为了保证侦查机关依法进行讯问工作，加强侦查人员在讯问过程中的相互监督和相互配合，保证讯问质量，提高讯问效率，防止违法乱纪、非法讯问，以及保障侦查人员的人身安全，防止意外事件发生，《刑事诉讼法》第 91 条规定："讯问的时候，侦查人员不得少于二人。"

2. 对于不需要拘留、逮捕的犯罪嫌疑人，可以传唤到犯罪嫌疑人所在市、县内的指定地点或者到他的住处进行讯问，但是应当出示公安机关或者人民检察院的证明文件。传唤犯罪嫌疑人应当使用"传唤通知书"。犯罪嫌疑人经合法传唤，无正当理由而不到案的，可以拘传。但事先不经传唤，直接拘传犯罪嫌疑人也是合法的。无论传唤或者拘传，持续的时间最长不得超过 12 小时，不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人。

对于已被拘留、逮捕的犯罪嫌疑人，必须在拘留、逮捕后的 24 小时以内进行讯问，其讯问场所，既可以在犯罪嫌疑人被羁押的地点，如看守所等，也可以在公安机关或人民检察院的工作场所。在讯问过程中，如果发现犯罪嫌疑人有不应当拘留、逮捕的情况的，为及时纠正错拘、错捕行为，保护公民的合法权益，应当立即释放犯罪嫌疑人，并发给释放证明。如果需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或者监视居住。

3. 侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，应当首先讯问犯罪嫌疑人是否有犯罪行为，让他陈述有罪的情节或者作无罪的辩解，然后向他提出问题。处于侦查阶段的犯罪嫌疑人是否有罪，尚处在不确定状态，需要经过进一步的侦查，才能证实。为了防止侦查人员主观片面、先入为主，保证讯问工作的客观、公正，法律要求侦查人员在讯问犯罪嫌疑人时，应首先讯问他是否有犯罪行为。如果犯罪嫌疑人承认有犯罪行为，则让其陈述有罪的情节；如果犯罪嫌疑人否认有犯罪事实，则让其作无罪的辩解，然后就其供述或辩解中与认定案件事实有关、影响对其定罪量刑的问题向他提问。

我国法律没有赋予犯罪嫌疑人沉默权。根据法律规定，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答，但是与本案无关的问题，有权拒绝回答。至于是否与本案无关，应当以是否对查明本案的全部事实情节有实际意义或证据价值为准。

对共同犯罪案件的同案犯罪嫌疑人的讯问应当分别进行，未被讯问的犯罪嫌疑人不得在场，以防止同案犯串供或者相互影响供述。

4. 侦查人员讯问聋、哑犯罪嫌疑人时，应当有通晓聋、哑手势的人参加，并将这种情况在笔录上加以注明；对于不通晓当地通用语言文字的犯罪嫌疑人，讯问时，应当有翻译人员参加；讯问未成年犯罪嫌疑人时，可以通知其法定代理人

到场，以保障未成年人和生理上有缺陷的犯罪嫌疑人辩护权的充分行使和讯问工作的顺利进行。

5. 根据最高人民检察院的有关规定，人民检察院讯问职务犯罪嫌疑人应当实行全程同步录音录像。

6. 讯问犯罪嫌疑人应当制作笔录。讯问笔录应当如实记载提问、回答和其他在场人的情况。讯问笔录应当交犯罪嫌疑人核对；对于没有阅读能力的，应当向他宣读。如果记录有遗漏或差错，犯罪嫌疑人可以补充或改正。犯罪嫌疑人承认笔录没有错误后，应当签名或盖章。侦查人员也应当在笔录上签名。犯罪嫌疑人请求自行书写供述的，应当准许。必要时，侦查人员也可以要求犯罪嫌疑人亲笔书写供词。

7. 侦查人员讯问犯罪嫌疑人，必须严格遵守法律规定的程序，切实保障犯罪嫌疑人的诉讼权利，严禁刑讯逼供或以威胁、引诱、欺骗以及其他非法的方法进行讯问。对于侦查人员侵犯犯罪嫌疑人诉讼权利的违法行为，犯罪嫌疑人有权提出控告；构成犯罪的，应当依法追究其刑事责任。

为了进一步保障犯罪嫌疑人在侦查阶段的诉讼权利，保证侦查工作依法顺利进行，我国法律允许犯罪嫌疑人在侦查阶段聘请律师提供法律帮助。

根据《刑事诉讼法》第96条和《六机关规定》的有关规定，犯罪嫌疑人在被侦查机关第一次讯问或采取强制措施之日起，可以聘请律师为其提供法律咨询，代理申诉、控告。犯罪嫌疑人聘请律师的，可以自己聘请，也可以由其亲属代为聘请。在押的犯罪嫌疑人提出聘请律师的，看守机关应当及时将其请求转达办理案件的有关侦查机关，侦查机关应当及时向其所委托的人员或者所在的律师事务所转达该项请求。犯罪嫌疑人只是提出聘请律师的要求，但提不出具体对象的，侦查机关应当及时通知当地律师协会或者司法行政机关为其推荐律师。

涉及国家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘请律师应当经侦查机关批准。所谓涉及国家秘密的案件，是指案情或者案件性质涉及国家秘密的案件。需要指出的是，不能因刑事案件侦查过程中的有关材料和处理意见需保守秘密，就将其作为涉及国家秘密的案件。

对于在押的犯罪嫌疑人聘请律师为其申请取保候审的，有权决定的机关应当在7日内作出是否同意的答复。同意取保候审的，依法办理取保候审手续；不同意取保候审的，应当告知申请人，并说明不同意的理由。

犯罪嫌疑人聘请的律师要求了解犯罪嫌疑人涉嫌罪名的，侦查人员应当如实介绍涉嫌罪名；要求会见在押犯罪嫌疑人的，侦查机关根据案件情况和需要可以派员在场。对于涉及国家秘密的案件，律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关批准；对于不涉及国家秘密的案件，律师会见犯罪嫌疑人不需要经过批准，不能以侦查过程需要保密为由将其作为涉及国家秘密的案件不予批准。律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在48小时内安排会见；对于组织、领导、参加黑社会性

质组织罪，组织、领导、参加恐怖活动组织罪，或者走私犯罪、毒品犯罪、贪污贿赂犯罪等重大复杂的两人以上的共同犯罪案件，律师提出会见犯罪嫌疑人的，应当在5日内安排会见。

应当指出的是2008年6月1日生效的修订后的《律师法》第33条明确规定，犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起，受委托的律师凭律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函，有权会见犯罪嫌疑人、被告人并了解有关案件情况。而且律师在会见犯罪嫌疑人、被告人时，不得被监听。这一规定与现行刑事诉讼法相比，将更有利于对犯罪嫌疑人、被告人的合法权益予以保护。

二、询问证人、被害人

（一）询问证人的概念和意义

询问证人是指侦查人员依照法定程序以言词方式向证人调查、了解案件情况的一种侦查行为。

询问证人作为侦查过程中经常并且广泛采用的一种侦查行为，在侦查程序中起着非常重要的作用。询问证人，有助于侦查人员发现、收集证据和核实证据，查明案件事实真相，查获犯罪嫌疑人，揭露、证实犯罪，保障无罪的人不受刑事追究。

（二）询问证人的程序

根据刑事诉讼法的规定，询问证人应当遵守下列程序：

1. 询问证人只能由侦查人员进行。侦查人员询问证人，可以到证人的所在单位或者住处进行，但是必须出示人民检察院或者公安机关的证明文件。在必要的时候，也可以通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。侦查人员关于询问证人地点的选择，应当从有利于获取证言、保证证人作证的积极性方面考虑。为了方便证人作证，消除证人不必要的紧张情绪，及时得到证人单位的支持，及时了解证人情况，侦查人员一般应到证人所在单位或者住处进行询问。只有在案件涉及国家秘密，证人所在单位或者住处周围的人与案件有利害关系，证人在侦查阶段不愿意公开自己的姓名和作证行为等必要的情况下，为保守秘密，保障证人安全，防止证人所在的单位、亲属或其他人的干扰，保证证人如实提供证言，侦查人员才通知证人到人民检察院或公安机关进行询问。根据《六机关规定》第17条的规定，侦查人员询问证人，除以上询问地点以外，不得另行指定其他地点。

2. 侦查人员询问证人，应当分别进行。这是法律关于侦查人员询问证人方式的规定和要求。为了避免证人之间相互影响，保证证言的真实性，同一案件若有几个证人，应当分别进行、个别询问，即不能采用“座谈会”的方式将多名证人召集在一起进行询问，更不能让多名证人共同出具一份书面证词。

3. 询问证人时，侦查人员应当告知他应当如实地提供证据、证言和有意作伪

证或者隐匿罪证要负的法律责任。所谓要负的法律责任，主要是指《刑法》第305条规定的伪证罪和第310条规定的包庇罪。明确告知证人作伪证或隐匿罪证所应当承担的法律责任，有利于证人如实提供证据和证言。同时，侦查人员也应当告知、保护证人依法享有的各种诉讼权利，保障证人及其近亲属的安全。对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复而构成犯罪的，应依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

4. 询问证人，应当为证人提供客观、充分地提供证据的条件。侦查人员在询问证人时，一般先让证人就他所知道的案件情况作连续的详细叙述，然后对其所陈述的事实，问明来源和根据。侦查人员应当耐心听取证人的陈述，然后根据案件的具体情况进行询问，提出的问题应当明确、清楚，不得用提示性、暗示性的方式询问，更不得以暴力、胁迫、引诱、欺骗等非法的方法逼取证人证言。

为使未成年证人能够如实提供证言，询问未成年的证人时，可以通知其法定代理人到场，询问的地点也可以选择未成年证人所熟悉和习惯的场所。询问聋、哑证人时，应当有通晓聋、哑手势的人作翻译，并将这种情况记入笔录。询问不通晓当地语言文字的人、外国人时，应当为其聘请翻译人员。

5. 询问证人，应当制作笔录。证言笔录应当如实记载证人的陈述，询问结束后，交证人核对或者向他宣读。如果记载有遗漏或差错，证人可以申请补充或者纠正。证人确认笔录无误后，证人和侦查人员都应当在笔录上签名或盖章。如果证人愿意提供书面证言，应当允许；必要时，侦查人员也可以让证人亲笔书写证词。但是书面证言不能代替口头询问。

（三）询问被害人的概念和程序

询问被害人，是指侦查人员依照法定程序，以言词方式向直接遭受犯罪行为侵害的人就其受害及犯罪嫌疑人的有关情况进行调查、了解的一种侦查活动。

根据《刑事诉讼法》第100条的规定，询问被害人适用询问证人的程序。但是，被害人与证人具有不同的诉讼地位，被害人是刑事诉讼的当事人，且与案件的处理有直接利害关系，因此，在询问被害人时，除了依照询问证人的各项规定进行外，还要注意被害人的特点：一方面，由于被害人直接遭受犯罪行为侵害，在不少案件中被害人与犯罪分子还有过直接接触，所以，通过询问被害人，可以更多地掌握犯罪事实和犯罪嫌疑人的有关情况；另一方面，也要考虑到被害人与案件的利害关系，在询问时，既要认真听取他的陈述，又要注意分析是否合乎情理、有无夸大情节。对于被害人的个人隐私，应当为他保守秘密；对于被害人的人身安全，也应当采取切实、有效的措施予以保护。

三、勘验、检查

（一）勘验、检查的概念和意义

勘验、检查是指侦查人员对与犯罪有关的场所、物品、尸体、人身等进行勘

查和检验，以发现、收集和固定犯罪活动所遗留下来的各种痕迹和物品的一种侦查行为。勘验、检查的主体、任务和性质相同，但适用对象有所区别：勘验的对象是现场、物品和尸体，而检查的对象则是活人的人身。

勘验、检查是侦查中取得第一手证据材料的一个重要途径。犯罪分子实施犯罪行为，必然会在客观外界留下各种痕迹、物品，即使在犯罪后对现场加以破坏或伪装，也会留下新的痕迹和物品。因此，通过勘验和检查，可以及时发现、收集和固定犯罪的痕迹与证物，了解案件性质、作案手段和犯罪活动情况，确定侦查范围和方向，并为进一步查清案情，揭露、证实犯罪分子提供可靠的依据。

（二）勘验、检查的种类和程序

根据刑事诉讼法的规定，勘验、检查的种类包括：现场勘验、物证检验、尸体检验、人身检查和侦查实验。

1. 现场勘验

现场勘验是侦查人员对发生犯罪事件或者发现犯罪痕迹的特定地点、场所进行勘验和检查的一种侦查活动。

现场勘验的任务是查明犯罪现场的情况，发现和收集证据，研究、分析案情，判断案件性质，确定侦查方向和范围，为破案提供线索和证据。

及时发现和严密保护好现场，是做好勘验、检查工作的前提条件。在犯罪现场所发现的物品、痕迹都有可能成为查获犯罪嫌疑人的关键线索，只有保护好现场，勘验、检查人员才能观察到现场物品、痕迹的原始状态，并据以准确分析、判断犯罪分子的作案情况，为侦破案件打下基础。鉴于此，《刑事诉讼法》第 102 条规定："任何单位和个人，都有义务保护犯罪现场，并且立即通知公安机关派员勘验。"

执行勘验的侦查人员接案后，应当迅速赶到案发现场，并保护好现场。进行现场勘验时必须持有公安机关或人民检察院的证明文件，如公安机关的"刑事犯罪现场勘查证"，必要时可以指派或聘请具有专门知识的人在侦查人员的主持下进行现场勘验。为了保证勘验的客观、公正性，还应邀请两名与案件无关的见证人在场。

侦查人员在现场勘验时，应当及时向现场周围的群众、被害人、目睹人、报案人等进行调查、访问，以便了解案发前和案发时现场的状况，并进行实地勘验，发现和收集同案件有关的各种证据，并及时采取紧急措施和各种技术手段固定、保全各种证据。

现场勘验情况应制成笔录，侦查人员、参加勘验的其他人员和见证人都应当在笔录上签名或盖章。根据《公安部规定》，勘验、检查现场，应当按照勘验、检查现场规则的要求拍摄现场照片，制作"现场勘验、检查笔录"和现场图。对于重大案件、特别重大案件的现场，应当录像。于计算机犯罪案件的现场勘验、检查，应当立即停止应用，保护计算机及相关设备，并复制电子数据。

2. 物证检验

物证检验是指侦查人员对侦查过程中已经收集到的物品和痕迹进行检查、验证，以确定该物证与案件事实之间的关系的一种侦查活动。

物证的检验应当及时、认真、细致，如果需要由专门技术人员进行检验和鉴定的，应当指派或聘请鉴定人进行鉴定。

物证检验应当制作笔录。参加检验的侦查人员、鉴定人和见证人均应签名或者盖章。

3. 尸体检验

尸体检验，是指侦查人员指派、聘请法医或医师对非正常死亡的尸体进行尸表检验或尸体解剖的一种侦查活动。其目的在于确定死亡的原因和时间，判明致死的工具、手段和方法，以便分析作案过程，为查明案情和查获犯罪嫌疑人提供线索、证据。

根据《刑事诉讼法》及《公安部规定》的有关规定，对于死因不明的尸体，为了确定死因，经县级以上公安机关负责人批准，可以解剖尸体或者开棺检验，并且通知死者家属到场，让其在“解剖尸体通知书”上签名或者盖章。死者家属无正当理由拒不到场或者拒绝签名、盖章的，不影响解剖或开棺检验，但是应当在“解剖尸体通知书”上注明。对于身份不明的尸体，无法通知死者家属的，应当在笔录中注明。对于已经查明死因，没有继续保存必要的尸体，应当通知家属领回处理；对于无法通知或者通知后其家属拒绝领回的，经县级以上公安机关负责人批准，可以及时处理。

尸体检验的情况应当制作笔录，并由侦查人员、法医或医师签名或者盖章。

4. 人身检查

人身检查，是指侦查人员为了确定被害人、犯罪嫌疑人的某些特征、伤害情况或者生理状态，依法对其人身进行检查的一种侦查活动。

人身检查是对活人的人身进行的一种特殊检验，其目的在于确定被害人、犯罪嫌疑人的相貌、肤色、特殊痕迹、伤害部位与程度、智力发展和生理机能等情况，从而有利于查明案件性质，查获犯罪嫌疑人。

根据刑事诉讼法的规定，对被害人、犯罪嫌疑人进行人身检查，必须由侦查人员进行，必要时也可以在侦查人员的主持下聘请法医或医师严格依法进行，不得有侮辱被害人、犯罪嫌疑人人格或侵害其他合法权益的行为。对犯罪嫌疑人进行人身检查，如果有必要，可以强制进行。但对被害人的人身检查，应征得本人同意，不得强制进行。检查妇女的身体，应当由女工作人员或者女医师进行。

人身检查的情况应当制作笔录，并由侦查人员和进行检查的法医或医师签名或盖章。

5. 侦查实验

侦查实验是指侦查人员为了确定和判明与案件有关的某些事实或行为在某种

情况下能否发生或怎样发生，而按照原有条件实验性地重演该行为的一种侦查活动。

根据《刑事诉讼法》及《公安部规定》的有关规定，为查明案情，在必要的时候，经县级以上公安机关负责人批准，可以进行侦查实验。进行侦查实验时，禁止一切足以造成危险、侮辱人格或者有伤风化的行为。

侦查实验是一种特殊的侦查行为，因此，在侦查过程中不宜广泛采用，只有在下列情况下，才能进行侦查实验：（1）确定在一定条件下能否听到或者看到；（2）确定在一定时间内能否完成某一行为；（3）确定在什么条件下能够发生某种现象；（4）确定在某种条件下某种行为和某种痕迹是否吻合一致；（5）确定在某种条件下使用某种工具可能或者不可能留下某种痕迹；（6）确定某种痕迹在什么条件下会发生变异；（7）确定某种事件是怎样发生的。

侦查实验应当由侦查人员进行，并应当邀请其他见证人在场，必要时也可以聘请具有专门知识的人参加。

侦查实验的经过和结果应当制作侦查实验笔录，由参加侦查实验的人员签名或者盖章。

需要指出的是，为了加强人民检察院对公安机关侦查活动的监督，保证勘验、检查的质量，防止和纠正可能出现的或已经出现的差错，《刑事诉讼法》第 107 条规定："人民检察院审查案件的时候，对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查时，可以要求公安机关复验、复查，并且可以派检察人员参加。"

复验、复查可以多次进行，但每次都要制作笔录。人民检察院在具备条件的情况下，也可以自行复验、复查。复验、复查应当遵守的法律程序和规则与勘验、检查相同。

四、搜查

人民的人身、住宅、文件和财产不受无理搜查和扣押的权利，不得侵犯。除依据可能成立的理由，以宣誓或代誓宣言保证，并详细说明搜查地点和扣押的人或物，不得发出搜查和扣押状。

——美国联邦宪法第 4 条修正案

（一）搜查的概念和意义

搜查是指侦查人员依法对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方进行搜查、检查的一种侦查行为。

搜查是侦查机关同犯罪作斗争的一项重要手段，它对于侦查机关及时收集证据，查获犯罪嫌疑人，防止其逃跑、毁灭和转移证据，揭露、证实犯罪，保障诉讼的顺利进行具有十分重要的意义。

（二）搜查的程序

由于搜查直接关系到我国《宪法》所规定的公民的人身自由和住宅不受侵犯

的权利，所以刑事诉讼法明确规定了搜查应当遵守的法律程序：

1. 搜查只能由侦查人员进行，其他任何机关、团体和个人都无权对公民的人身和住宅进行搜查。否则，情节严重构成犯罪的，将依法追究其刑事责任。

搜查是为了收集犯罪证据，查获犯罪嫌疑人。搜查的对象和范围既可以是犯罪嫌疑人，也可以是其他可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人；既可以对人身进行搜查，也可以对被搜查人的住处、物品和其他有关场所进行搜查。侦查机关不得违背法律规定的搜查目的滥用搜查措施，同时，也不得超越法律所规定的搜查对象和范围而滥行搜查权。

2. 搜查时必须向被搜查人出示搜查证，否则，被搜查人有权拒绝搜查。但是，侦查人员在执行逮捕、拘留的时候，遇有紧急情况，不用搜查证也可以进行搜查。根据《公安部规定》第 207 条的规定，紧急情况是下列情形之一：（1）可能随身携带凶器的；（2）可能隐藏爆炸、剧毒等危险物品的；（3）可能隐匿、毁弃、转移犯罪证据的；（4）可能隐匿其他犯罪嫌疑人的；（5）其他突然发生的紧急情况。

3. 任何单位和个人都有义务按照公安机关和人民检察院的要求，交出可以证明犯罪嫌疑人有罪或者无罪的物证、书证、视听资料。遇有拒绝者，侦查机关可依法强制提取。

4. 搜查时应当有被搜查人或者他的家属、邻居或者其他见证人在场。这主要是为了证实搜查情况，保证搜查所取得的证据的真实性，以及监督侦查机关搜查行为的合法性。

5. 搜查妇女的身体，应当由女工作人员进行。

6. 搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人员或者他的家属、邻居或者其他见证人签名或盖章。如果被搜查人在逃或者他的家属拒绝签名、盖章的，应当记明于笔录。

五、扣押物证、书证

（一）扣押物证、书证的概念和意义

扣押物证、书证，是指侦查机关依法强制提取、留置和封存与案件有关的物品、文件的一种侦查行为。

扣押物证、书证的目的在于取得和保全证据。侦查机关及时采取扣押行为，能够防止证明犯罪嫌疑人有罪或无罪、罪重或罪轻的物品和文件发生毁弃、丢失或被隐藏等现象，从而保证侦查人员依法扣押的物证、书证在认定案件事实，揭露、证实犯罪，保障无罪公民不受刑事追诉方面发挥其应有的证据作用。

扣押物证、书证通常与勘验、搜查同时进行，即在勘验、搜查过程中发现可以用于证明犯罪嫌疑人有罪或无罪的物品和文件时都应当扣押，但同时，扣押物证、书证又是一种独立的侦查行为，可以单独进行。

（二）扣押物证、书证的程序

根据刑事诉讼法的规定，侦查人员扣押物证、书证应当遵守下列程序：

1. 扣押物证、书证只能由侦查人员进行。侦查人员如果是在勘验、检查和搜查中发现需要扣押的物品、文件，凭勘查证和搜查证即可予以扣押；如果是单独进行扣押，则应持有侦查机关的证明文件，如侦查人员的工作证件。

2. 扣押的范围仅限于与查明案件有关的具有证据意义的各种物品、文件，与案件无关的物品、文件不得随意扣押。如果发现是违禁品，无论是否与本案有关，都应先行扣押，然后交有关部门处理。凡应当扣押的物品、文件，持有人拒绝交出的，侦查机关可以强行扣押。

3. 对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品、文件的持有人查点清楚，当场开列清单，写明物品或者文件的名称、编号、规格、数量、重量、质量、特征及来源，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章。持有人及其家属在逃或者拒绝签名的，不影响扣押的进行，但应当在扣押清单上注明。对于应当扣押但不便提取的物品，应当现场加封，责成专人负责、妥善保存。

4. 对于扣押的物品、文件，侦查机关应当妥善保管或者封存，不得使用、损毁或丢弃。对于涉及国家秘密的文件、资料，应当严格保守秘密。

5. 侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报时，经公安机关或人民检察院的批准，即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。但不需要继续扣押时，应当立即通知邮电机关。

6. 人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询、冻结犯罪嫌疑人的存款、汇款。这里需要指出的是，侦查机关只要查明汇款、存款是属于犯罪嫌疑人的，不管是以犯罪嫌疑人的名字存入、汇出、汇入的款项，还是以其假名、化名或亲友名字或者以转交方式存入、汇出、汇入的款项，都可以依法予以查询和冻结。对于已经冻结的犯罪嫌疑人的存款、汇款，不管是出于何种原因冻结的，侦查机关都不得重复冻结，但可以要求有关银行、邮电机关在将犯罪嫌疑人的存款、汇款解冻前，通知公安机关和人民检察院。需要强调的是，根据《六机关规定》的有关规定，侦查机关不能划扣存款、汇款，对于在侦查、审查起诉中犯罪嫌疑人死亡的，对犯罪嫌疑人的存款、汇款应当依法予以没收或者返还被害人的，可以申请人民法院裁定通知冻结犯罪嫌疑人存款、汇款的金融机构上缴国库或者返还被害人。

7. 对于扣押的物品、文件、邮件、电报或者冻结的存款、汇款，经查明确实与案件无关的，应当在 3 日以内解除扣押、冻结，退还原主或者原邮电机关。

六、鉴定

（一）鉴定的概念和意义

鉴定是指侦查机关指派或聘请具有专门知识的人就案件中某些专门性问题进

行科学鉴别和判断并作出鉴定结论的一种侦查行为。

在侦查实践中，鉴定的适用范围极其广泛，凡是与刑事案件有关的，能够证明犯罪嫌疑人有罪、无罪的各种物品、文件、痕迹、人身、尸体等，都可以进行鉴定。鉴定对于侦查机关及时收集证据，准确揭示物证、书证在诉讼中的证明作用，鉴别案内其他证据的真伪，查明案件事实真相，查获犯罪嫌疑人具有重要作用。

在侦查中经常采用的鉴定主要有刑事技术鉴定、人身伤害的医学鉴定、精神病的医学鉴定，以及扣押物品的价格鉴定、文物鉴定、司法会计鉴定等。

（二）鉴定的程序

依据刑事诉讼法的规定，鉴定应当遵守下列程序：

1. 侦查机关指派或者聘请的鉴定人必须具备鉴定人的资格，即必须是具有解决本案中专门性问题的专门知识和技能，并且与本案或本案当事人没有利害关系，且能够保证以客观、公正的态度进行鉴定的人。

2. 侦查机关应当为鉴定人进行鉴定提供必要的条件，及时向鉴定人送交有关检材和对比样本等原始材料，介绍与鉴定有关的情况，并且明确提出要求鉴定解决的问题，但是不得暗示或者强迫鉴定人作出某种鉴定结论。

3. 鉴定人应当按照鉴定规则，运用科学方法进行鉴定。鉴定后，应当出具鉴定结论，并由鉴定人签名。如果是多名鉴定人对同一专门问题共同进行鉴定，可以互相讨论，提出共同的鉴定结论，但每一位鉴定人都应当签名；如果意见不一致，则可以分别提出自己的鉴定意见，分别签名。鉴定只能涉及案件中的专门性问题，无权对案件的法律问题作出评判。

4. 对人身伤害的医学鉴定有争议需要重新鉴定，或者对精神病的医学鉴定，由省级人民政府指定的医院进行。鉴定人进行鉴定后，应当写出鉴定结论，除了鉴定人签名外，还应当加盖医院公章，以保证鉴定的权威性、严肃性和合法性。

5. 侦查机关应当将用作证据的鉴定结论告知犯罪嫌疑人、被害人，如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，可以补充鉴定或者重新鉴定。

6. 鉴定人故意作虚假鉴定，构成犯罪的，应当依法追究其刑事责任；尚不够刑罚处罚的，则依法予以行政处分。

七、通缉

（一）通缉的概念和意义

通缉是指公安机关以发布通缉令的方式将应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人通报缉拿归案的一种侦查行为。

通缉是公安机关内部通力合作、协同作战，及时制止和打击犯罪的一种重要手段，同时又是公安机关动员和依靠广大人民群众积极同犯罪作斗争的一项有力措施。

（二）通缉的程序

根据《刑事诉讼法》及《公安部规定》的有关规定，通缉应当遵守下列程序：

1. 只有公安机关有权发布通缉令，其他任何机关、团体、单位、组织和个人都无权发布。人民检察院在办理自侦案件过程中，需要追捕在逃的犯罪嫌疑人时，经检察长批准，作出通缉决定后，通知公安机关，由公安机关发布通缉令。

2. 各级公安机关在自己管辖的地区以内，可以直接发布通缉令；如果超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。

3. 被通缉的对象必须是依法应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人，包括依法应当逮捕而在逃的和已被逮捕但在羁押期间逃跑的犯罪嫌疑人。

4. 通缉令中应当尽可能写明被通缉人的姓名、别名、曾用名、绰号、性别、年龄、民族、籍贯、出生地，以及户籍所在地、居住地、职业、身份证号码、衣着和体貌特征并附被通缉人近期照片，可以附指纹及其他物证的照片。除了必须保密的事项以外，应当写明发案的时间、地点和简要案情。

5. 通缉令发出后，如果发现新的重要情况，可以补发通报。通报必须注明原通缉令的编号和日期。

6. 有关公安机关接到通缉令后，应当及时布置查缉。抓获犯罪嫌疑人后，应当迅速通知通缉令发布机关，并报经抓获地县级以上公安机关负责人批准后，凭通缉令羁押。原通缉令发布机关应当立即进行核实，依法处理。

对于通缉在案的犯罪嫌疑人，任何公民都有权将其扭送至公安机关、人民检察院或人民法院处理。

7. 被通缉的人已经归案、死亡，或者通缉原因已经消失而无通缉必要的，发布通缉令的机关应当立即发出撤销通缉令的通知。

第三节　侦查终结

一、侦查终结的概念和意义

侦查终结是指侦查机关对于其立案侦查的案件，经过一系列的侦查活动，认为案件事实已经查清，证据确实、充分，足以认定犯罪嫌疑人是否有罪和应否对其追究刑事责任而决定结束侦查，并对案件依法作出结论和处理的一种诉讼活动。

侦查终结是侦查阶段对已经开展的各种侦查活动和侦查工作进行审核和总结的最后一道程序，是侦查任务已经完成的标志。正确、及时的侦查终结可以为人民检察院准确提起公诉、人民法院正确进行审判奠定基础，为公安、司法机关准确、及时惩罚犯罪，保障无罪的人和依法不应当受到刑事追究的人免受刑事追究，保护公民合法权益提供可靠的根据和保障。

二、侦查终结的条件

根据《刑事诉讼法》第129条的规定，公安机关负责侦查的案件和人民检察院自行侦查的案件的侦查终结都必须具备下列三个条件：

1. 案件事实已经查清

案件事实包括犯罪嫌疑人有罪或无罪、罪重或罪轻，以及是否应受刑事处罚的全部事实和情节。事实已经查清，是侦查终结的首要条件。侦查机关如果认为犯罪嫌疑人确有犯罪行为，在侦查终结时，对于犯罪嫌疑人犯罪的时间、地点、动机、目的、情节、手段和危害结果等情况应当全部查清，并且没有遗漏任何罪行。对于共同犯罪的案件，还应当查清每个犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位和作用，且没有遗漏其他应当追究刑事责任的同案人。

2. 证据确实、充分

证据确实、充分是侦查终结的重要条件。它要求侦查终结的案件，证明犯罪事实、情节的每一个证据来源都是可靠的，经查证属实、核对无误的，并且证据与证据之间能够相互印证，形成一个完整的证明体系，足以排除其他可能性，确认犯罪嫌疑人有罪或者无罪、罪重或者罪轻。

3. 法律手续完备

法律手续完备同样是侦查终结必不可少的条件。它要求侦查机关采取的专门调查工作和有关的强制性措施的各种法律文书，以及审批、签字、盖章等手续都是齐全、完整并符合法律规定要求的，因为这是衡量侦查活动是否严格依法进行的标准。如果发现有遗漏或不符合法律规定之处，应当及时采取有效的措施予以补充或改正。

以上三个条件必须同时具备，缺一不可。此外，《刑事诉讼法》第130条规定："在侦查过程中，发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件；犯罪嫌疑人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并且通知原批准逮捕的人民检察院。"其中，"不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的"，是指查明本案不存在犯罪事实，或者犯罪嫌疑人的行为符合《刑事诉讼法》第15条的规定。侦查机关经过侦查，发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，也应当及时终结侦查，并立即释放在押的犯罪嫌疑人，通知原批准逮捕的人民检察院。

三、侦查终结的处理

根据刑事诉讼法的规定，侦查终结的案件，应当根据案件的不同情况，分别作出起诉、不起诉或者撤销案件的决定。

公安机关侦查的案件侦查终结后，对于犯罪事实清楚，证据确实、充分，犯罪性质和罪名认定正确，法律手续完备，依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的案件，应当写出"起诉意见书"，连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查

决定。共同犯罪案件的“起诉意见书”中应当写明每个犯罪嫌疑人在共同犯罪中的地位、作用、具体罪责和认罪态度，并分别提出处理意见。对于犯罪情节轻微，依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的案件，公安机关在移送审查起诉时，应当注明具备不起诉的条件，由人民检察院审查决定起诉或者不起诉。对于侦查中发现不应对犯罪嫌疑人追究刑事责任的案件，应当作出撤销案件的决定，并制作“撤销案件决定书”；犯罪嫌疑人已被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并通知原批准的人民检察院。

四、侦查中的羁押期限

侦查中的羁押期限，是指犯罪嫌疑人在侦查中被拘留或逮捕以后到侦查终结的期限。我国刑事诉讼法对侦查羁押期限明确加以规定，目的是切实保障犯罪嫌疑人的人身自由和合法权益，防止案件久拖不决，提高侦查工作效率，保证侦查工作顺利进行。

根据《刑事诉讼法》和《六机关规定》的规定，侦查中的羁押期限可以分为一般羁押期限、特殊羁押期限和重新计算的羁押期限三种：

（一）一般羁押期限

《刑事诉讼法》第 124 条规定：对犯罪嫌疑人逮捕后的侦查羁押期限不得超过 2 个月。这是关于一般刑事案件的侦查羁押期限的规定。如果犯罪嫌疑人在逮捕以前已被拘留的，拘留的期限不包括在侦查羁押期限之内。一般情况下，侦查机关应当在法律规定的侦查羁押期限内侦查终结案件。

（二）特殊羁押期限

特殊羁押期限是刑事诉讼法根据案件的特殊需要，规定在符合法定条件时履行相应的审批手续和程序，便可以延长的侦查羁押期限。

1. 根据《刑事诉讼法》第 124 条的规定，案情复杂，期限届满不能终结的案件，可以经上一级人民检察院批准延长 1 个月。

2. 根据《刑事诉讼法》第 125 条的规定，因为特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件，由最高人民检察院报请全国人民代表大会常务委员会批准延期审理。

3. 根据《刑事诉讼法》第 126 条的规定，下列案件在《刑事诉讼法》第 124 条规定的期限届满时仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长 2 个月：（1）交通十分不便的边远地区的重大复杂案件；（2）重大的犯罪集团案件；（3）流窜作案的重大复杂案件；（4）犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件。

4. 根据《刑事诉讼法》第 127 条的规定，对犯罪嫌疑人可能判处 10 年有期徒刑以上刑罚的，依照该法第 126 条的规定延长期限届满，仍不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以再延长 2 个月。

应当注意的是，根据《六机关规定》第 30 条、第 31 条的规定，公安机关对案件提请延长羁押期限时，应当在羁押期届满前 7 日内提出，并书面呈报延长羁押期限案件的主要案情和延长羁押期限的具体理由，人民检察院应当在羁押期限届满前作出决定。

最高人民检察院直接立案侦查的案件，符合《刑事诉讼法》第 124 条、第 126 条和第 127 条规定的条件，需要延长犯罪嫌疑人侦查羁押期限的，由最高人民检察院依法决定。

（三）重新计算羁押期限

根据《刑事诉讼法》和《六机关规定》的规定，遇有下列情况时，不计入原有侦查羁押期限，即重新计算羁押期限：

1. 在侦查期间发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自发现之日起依照《刑事诉讼法》第 124 条的规定重新计算侦查羁押期限。但是，公安机关在侦查期间发现犯罪嫌疑人另有重要罪行，重新计算侦查羁押期限的，由公安机关决定，不再经人民检察院批准，但须报人民检察院备案，人民检察院可以监督。

2. 犯罪嫌疑人不讲真实姓名、住址，身份不明的，侦查羁押期限自查清身份之日起计算，但不得停止对其犯罪行为的侦查取证。对于犯罪事实清楚，证据确实、充分的，也可以按其自报的姓名移送人民检察院审查起诉。

3. 对被羁押的犯罪嫌疑人作精神病鉴定的时间不计入侦查羁押期限。其他鉴定时间则应当计入羁押期限。

对于因鉴定时间较长，办案期限届满仍不能终结的案件，自期限届满之日起，应当对被羁押的犯罪嫌疑人变更强制措施，改为取保候审或者监视居住。

第四节　人民检察院对直接受理案件的侦查

人民检察院对直接受理的案件的侦查，也称自侦案件的侦查，是指人民检察院对自己受理的案件，依法进行的专门调查工作和有关的强制性措施。根据《刑事诉讼法》第 131 条的规定，人民检察院对直接受理的案件的侦查，适用该法第二编第二章的规定，即《刑事诉讼法》关于侦查的一般规定均适用于人民检察院的自侦案件。但考虑到人民检察院法律监督的性质和自侦案件本身所具有的特殊性，我国法律又对人民检察院在自侦案件中的侦查权限及侦查终结案件的处理作了一些特殊规定。

一、人民检察院在自侦案件中的侦查权限

根据《刑事诉讼法》第 132 条的规定，人民检察院在自侦案件侦查过程中，如果发现案件符合《刑事诉讼法》第 60 条和第 61 条第 4 项、第 5 项规定的情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，人民检察院有权作出决定，由公安机关

执行。

人民检察院对自行决定拘留的人犯应当尽快审查，根据《刑事诉讼法》第133条的规定，应当在拘留后的24小时以内进行讯问。在发现不应当拘留的时候，必须立即释放，发给释放证明。对需要逮捕而证据还不充足的，可以取保候审或监视居住。

为了提高侦查工作的效率，保证侦查案件的质量，防止以拘代侦等违反法律规定的情形出现，我国刑事诉讼法还明确规定了人民检察院对自行决定拘留的人犯需要转为逮捕的期限限制。根据《刑事诉讼法》第134条的规定，人民检察院对于直接受理的案件中被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在10日以内作出决定。在特殊情况下，决定逮捕的时间可以延长1日至4日；对于不需要逮捕的，应当立即释放；对于需要继续侦查，并且符合取保候审、监视居住条件的，应当依法取保候审或监视居住。

二、侦查终结后的处理

《刑事诉讼法》第135条规定："人民检察院侦查终结的案件，应当作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。"据此，人民检察院对侦查终结的案件分别有三种不同的处理方式：

1. 人民检察院对于直接受理的案件，经过侦查，发现犯罪事实清楚，证据确实、充分，犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪，依法应当追究刑事责任的，应当作出提起公诉的决定。

2. 经过侦查，如果认为犯罪事实清楚，证据确实、充分，足以认定犯罪嫌疑人构成犯罪，但犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者应当免除刑罚的，可以作出不起诉的决定。

3. 经过侦查，发现没有犯罪事实发生或不应当对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当及时终止侦查，作出撤销案件的决定。其中，"不应当追究刑事责任"的情形和公安机关撤销案件的情形相同，即凡具有《刑事诉讼法》第15条规定的六种情形之一的，人民检察院就应当作出撤销案件的决定。

在司法实践中，人民检察院侦查终结案件时，对于符合提起公诉或不起诉条件的，由侦查部门制作"起诉意见书"或"不起诉意见书"，连同案卷材料、证据一并移送审查起诉部门，由审查起诉部门进行审查，根据检察长或检察委员会的决定，作出提起公诉或不起诉的决定；如果侦查终结，应当撤销案件的，侦查部门应当制作"撤销案件意见书"，报经检察长或检察委员会讨论决定后撤销案件。人民检察院决定不起诉或者撤销案件的，如果犯罪嫌疑人在押，应当立即通知公安机关释放。公安机关应当立即释放，并发给释放证明。

第五节 补充侦查

一、补充侦查的概念和意义

补充侦查，是指公安机关或者人民检察院对于案件部分事实不清、证据不足或者尚有遗漏罪行、遗漏同案犯罪嫌疑人的，依照法定程序，在原有侦查工作的基础上作进一步调查，补充证据的一种诉讼活动。

补充侦查并不是每一个刑事案件都必须经过的诉讼程序，它只适用于没有完成原有侦查任务，部分事实、情节尚未查明的某些刑事案件。因此，正确、及时进行补充侦查，对于公、检、法三机关查清全部案件事实，客观、公正地处理案件，共同完成揭露、证实和惩罚犯罪的任务，防止和纠正在诉讼过程中可能发生或已经发生的错误和疏漏，保证不枉不纵、不错不漏，准确适用国家法律，具有十分重要的意义。

二、补充侦查的种类和形式

根据《刑事诉讼法》第 68 条、第 140 条和第 165 条的规定，补充侦查在程序上有三种，即审查批捕阶段的补充侦查、审查起诉阶段的补充侦查和法庭审理阶段的补充侦查。关于审查批捕阶段的补充侦查，《刑事诉讼法》第 68 条规定，人民检察院对于公安机关提请批准逮捕的案件应当审查，“对于不批准逮捕的，人民检察院应当说明理由，需要补充侦查的，应当同时通知公安机关”。但这里需要指出的是，《六机关规定》第 27 条对《刑事诉讼法》第 68 条关于审查批捕时的补充侦查的有关规定作了明确解释，即“人民检察院审查公安机关提请批准逮捕的案件，应当作出批准或不批准逮捕的决定，对报请批准逮捕的案件不另行侦查”。这一规定实际上已取消了审查批捕阶段的补充侦查。

（一）审查起诉阶段的补充侦查及其方式

《刑事诉讼法》第 140 条规定：“人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，也可以自行侦查。对于补充侦查的案件，应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作不起诉的决定。”根据这一规定，对于审查起诉阶段的补充侦查，应当明确以下几个方面的问题：

1. 补充侦查的方式有两种。人民检察院审查起诉的案件，如果是由公安机关侦查终结的，需要补充侦查时，既可以决定将案件退回公安机关补充侦查，也可以决定自行侦查，必要时可以要求公安机关协助。但是，人民检察院自行侦查终结的案件需要补充侦查的，则只能由人民检察院自行补充侦查。一个案件是否需

要补充侦查以及采取何种方式补充侦查，由人民检察院决定。

2. 补充侦查的期限为 1 个月。无论是退回公安机关补充侦查的案件，还是人民检察院自行补充侦查的案件，其补充侦查期限都不得超过 1 个月，补充侦查完毕后，要及时移送人民检察院审查起诉。人民检察院审查起诉的期限从案件补充侦查完毕移送审查起诉之日起重新计算。

3. 补充侦查的次数不得超过两次。对于需要补充侦查的案件，人民检察院决定补充侦查的次数最多不得超过两次，这既包括退回公安机关的补充侦查，也包含人民检察院的自行补充侦查。

4. 经过补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。对于经过补充侦查，仍然证据不足，不符合起诉条件的案件，赋予人民检察院相应的处分权，与限定补充侦查的期限、次数一样，都是为了切实维护犯罪嫌疑人的合法权益，防止案件久拖不决，提高诉讼效率，保障人民检察院审查起诉工作的顺利进行。

（二）法庭审理阶段的补充侦查及其方式

根据《刑事诉讼法》第 165 条和第 166 条的规定，在法庭审理过程中，检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，并提出补充侦查建议的，人民法院应当延期审理，补充侦查应当在 1 个月以内完毕。根据这一规定，法庭审理阶段补充侦查的决定权仍然属于人民检察院，而不属于人民法院。根据控审分离的现代诉讼原理和我国刑事庭审方式改革的目的，人民法院不能主动将案件退回人民检察院补充侦查。对于人民检察院提起公诉的案件，只要符合法律规定，人民法院就必须开庭审判。至于补充侦查的方式，一般由人民检察院自行侦查，必要时可以要求公安机关协助。补充侦查的期限不能超过 1 个月。

第六节　侦查监督

一、侦查监督的概念和意义

侦查监督是指人民检察院依法对侦查机关的侦查活动是否合法进行的监督。根据刑事诉讼法的规定，除公安机关外，国家安全机关、监狱、军队保卫部门以及人民检察院的侦查部门也依法行使侦查权。因此，人民检察院对上述机关或部门的侦查活动是否合法同样行使侦查监督职权。

侦查监督是人民检察院刑事诉讼法律监督的重要组成部分，侦查监督在刑事诉讼中具有十分重要的意义。

1. 侦查监督有利于保证国家刑事法律的统一、正确实施，保证办案质量。人民检察院对侦查机关的侦查活动是否合法实行监督，可以使侦查机关在侦查活动中违反法律规定的行为得到及时、有效的发现和纠正，从而使得侦查活动严格依

照法定程序和要求进行，从诉讼程序上保障对犯罪分子的及时、准确、合法追究，保证国家刑事法律的统一、正确实施，防止和避免出现冤假错案，保证案件的质量。

2. 侦查监督有利于保障公民的合法权益。司法实践证明，在侦查活动中，不按法定程序和要求收集证据、采取有关的强制性措施，而通过刑讯逼供、诱供、骗供等非法的方法取证，或进行非法拘禁等，都将严重损害公民的民主权利和其他合法权益。因此，人民检察院对侦查活动实行法律监督，就可以及时发现、制止和纠正上述违法行为，从而切实维护和保障公民的合法权益。

3. 侦查监督有利于提高侦查人员的执法水平，督促其严格依法办事，更好地维护社会主义法制的权威性。人民检察院通过侦查监督，及时纠正少数侦查人员滥用职权的违法行为，从而促使侦查机关认真总结经验教训，提高对严格依法办案的认识和执法水平。同时，通过侦查监督，及时纠正侦查活动中的违法乱纪行为，提高对公安、司法机关办理案件公正性、合法性的认识，从而更好地维护社会主义法制的权威性。

二、侦查监督的范围

根据《刑事诉讼法》和《检察院规则》的有关规定，人民检察院对公安机关的侦查活动是否合法实行监督，主要是发现和纠正以下违法行为：

(1) 对犯罪嫌疑人刑讯逼供、诱供的；(2) 对被害人、证人以体罚、威胁、诱骗等非法手段收集证据的；(3) 伪造、隐匿、销毁、调换或者私自涂改证据的；(4) 徇私舞弊，放纵、包庇犯罪分子的；(5) 有意制造冤、假、错案的；(6) 在侦查活动中利用职务之便谋取非法利益的；(7) 在侦查过程中不应当撤案而撤案的；(8) 贪污、挪用、调换所扣押、冻结的款物及其孳息的；(9) 违反刑事诉讼法关于决定、执行、变更、撤销强制措施的规定的；(10) 违反办案期限规定的；(11) 有其他违反刑事诉讼法有关规定的行为的。

三、侦查监督的途径和措施

侦查监督的途径，是人民检察院发现侦查活动中的违法行为的具体方式，而侦查监督措施则是人民检察院为实现侦查监督职能而使用的监督手段。

一般而言，人民检察院主要通过以下途径和采取以下措施对公安机关的侦查活动实行法律监督：

1. 人民检察院通过审查批准逮捕、审查起诉，审查公安机关的侦查活动是否合法。发现违法情况，应当通知公安机关予以纠正。

2. 人民检察院根据案件需要，通过派员参加公安机关对重大案件的讨论和其他侦查活动，发现公安机关在侦查活动中的违法行为。人民检察院发现后，应当及时通知公安机关予以纠正。

3. 人民检察院通过接受诉讼参与人对侦查机关或侦查人员侵犯诉讼权利和人身侮辱的行为提出的控告，行使侦查监督权。人民检察院对于诉讼参与人的这种控告应当受理，并及时审查，依法处理。

4. 人民检察院通过审查公安机关执行人民检察院批准或不批准逮捕决定情况的通知、释放被逮捕的犯罪嫌疑人或者变更逮捕措施的通知，来发现侦查活动中的违法行为，履行侦查监督职能。人民检察院发现公安机关或者公安人员在侦查或者决定、执行、变更、撤销强制措施等活动中有违法行为的，应当及时提出纠正意见。对于情节较轻的违法行为，由检察人员以口头方式向侦查人员或者公安机关负责人提出纠正意见，并及时向本部门负责人汇报；必要的时候，由部门负责人提出意见。对于情节较重的违法行为，应当报请检察长批准后，向公安机关发出纠正违法通知书。人民检察院发出纠正违法通知书的，应当根据公安机关的回复，监督落实情况；没有回复的，应当督促公安机关回复。人民检察院提出的纠正意见不被接受的，应当向上一级人民检察院报告，并抄报上一级公安机关。上级人民检察院认为下级人民检察院的意见正确的，应当通知同级公安机关督促下级公安机关纠正；上级人民检察院认为下级人民检察院纠正违法的意见错误的，应当通知下级人民检察院撤销发出的纠正违法通知书，并通知同级公安机关。

人民检察院发现侦查人员在采取侦查措施或者决定、执行、变更、撤销强制措施等活动中的违法行为情节严重，构成犯罪的，应当立案侦查；对于不属于人民检察院管辖的，应当移送有管辖权的机关处理。

人民检察院审查批准逮捕部门或者审查起诉部门对于本院侦查部门侦查或者决定、执行、变更、撤销强制措施等活动中的违法行为，应当根据情节分别处理：情节较轻的，可以直接向侦查部门提出纠正意见；情节较重或者需要追究刑事责任的，应当报告检察长决定。

【问题与思考】

1. 如何完善对侦查的司法控制？
2. 侦查的原则和任务是什么？
3. 谈谈你对秘密侦查、“诱惑侦查”的认识。
4. 如何认识侦查阶段律师的诉讼地位？
5. 讯问犯罪嫌疑人应当遵守哪些程序？
6. 搜查应当遵守哪些程序？
7. 试述侦查终结的概念、条件和程序。
8. 如何理解人民检察院的侦查监督？

9. 案例讨论：

2005 年 3 月 5 日，宁某（女，31 岁）乘坐出租车从甲市沿高速公路前往乙市。乙市的公安机关根据线报随即在高速公路入口处设置关卡，对来往的车辆进行检查。当宁某乘坐的出租汽车到达检查地点时，公安机关的侦查人员即要求宁某下车，准备对其随身携带的行李进行开包检查。但宁某拒绝打开随身携带的女士挎包，不同意侦查人员查看其挎包内的物品。侦查人员认为宁某形迹可疑，遂要求其到公安机关接受进一步的调查。公安局局长根据侦查人员的汇报签发了搜查证。随后，侦查人员根据搜查证对宁某的挎包进行了搜查，在里面发现了用报纸包裹的海洛因 187 克。公安机关于是拘留了宁某，并由女警员对宁某的身体进行了搜查。经讯问，宁某交代在乙市是由一名叫陈某的人和她接头，并供出了陈某的地址。侦查人员决定拘留陈某。在公安局局长签发拘留证后，经周密部署，侦查人员在陈某的家中拘留了陈某，并同时对陈某的住所进行了搜查，查获海洛因 623 克，并发现厘等秤、天平秤、打磨机等一批贩毒工具。

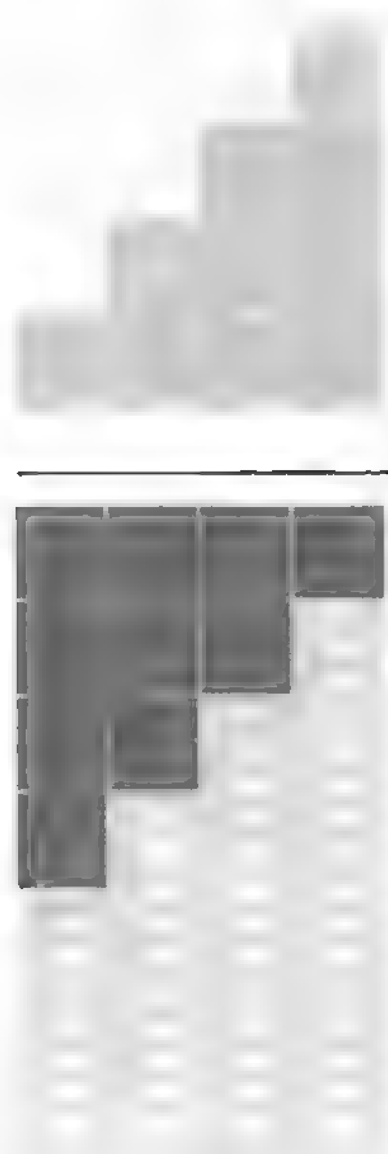
问题：

（1）当宁某不同意侦查人员看其挎包时，侦查人员能否强制搜查？

（2）在我国，搜查证应当由谁来签发？

（3）侦查人员在公安局对宁某的搜查是否合法？

（4）在执行对陈某拘留的同时，在没有搜查证的情况下搜查了陈某的住所，这样做是否合法？



第十四章 起　诉

第一节 起诉的一般理论
一、起诉的概念
二、起诉的方式和原则
三、起诉的意义

第二节 审查起诉
一、审查起诉的概念和作用
二、审查起诉的内容
三、审查起诉的步骤和方法
四、审查起诉的期限

第三节 提起公诉
一、提起公诉的概念和条件
二、起诉决定的后续程序
三、起诉阶段的证据开示

第四节 不起诉
一、不起诉的概念
二、不起诉的种类及适用条件
三、不起诉决定的后续程序
四、对不起诉的规制和救济

第五节 自　诉
一、自诉案件的概念
二、提起自诉的条件
三、自诉的提起与审查程序

本章概要

按照行使追诉权主体的不同，刑事起诉可以分为公诉和自诉两种方式。现代各国的起诉模式基本上可以分为公诉独占主义与公诉兼自诉两种类型。在符合起诉条件的公诉案件是否必须向审判机关起诉的问题上，诉讼理论上有起诉二原则之分：一是实行起诉法定主义。这主要是指只要犯罪嫌疑人符合法律规定的起诉条件，公诉机关就应当提起公诉，而不得考虑犯罪嫌疑人及其罪行有何酌定起诉与否的具体情节。二是实行起诉便宜主义。这主要是指在具备起诉条件的情况下，检察机关享有自由裁量权，可以根据犯罪嫌疑人及其罪行等具体情况以及刑事政策等来决定是否提起公诉、追究犯罪。人民检察院通过审查起诉，应当根据案件的不同情况，依法作出提起公诉或不起诉的决定。依据各自的适用条件，不起诉又可分为法定不起诉、酌定不起诉和证据不足不起诉三种类型。刑事诉讼法规定的自诉案件包括三类，提起自诉也须符合相关的条件，并遵循一定的程序。

关键术语

审查起诉　法定不起诉　酌定不起诉　存疑不起诉　自诉

第一节　起诉的一般理论

一、起诉的概念

刑事起诉，是指国家公诉机关和享有控诉权的公民针对所发生的犯罪行为，依法向法院提起诉讼，要求法院对指控的犯罪进行审判，以确定被告人刑事责任并予以刑事处罚的诉讼活动。

按照行使追诉权主体的不同，刑事起诉可以分为公诉和自诉两种方式。公诉是指依法享有刑事起诉权的国家专门机关代表国家向法院提起诉讼，要求法院通过审判确定被告人犯有被指控的罪行并给予相应的刑事制裁的诉讼活动。在我国，提起公诉有狭义和广义两种理解。狭义的提起公诉仅指《刑事诉讼法》第 143 条的规定，而广义的提起公诉则包括《刑事诉讼法》第二编第三章的全部内容。自诉则是指刑事被害人及其法定代理人、近亲属等，以个人的名义向法院起诉，要求保护自己的合法权益，追究被告人刑事责任的诉讼活动。

二、起诉的方式和原则

在人类诉讼制度的发展过程中，最早出现的起诉方式是自诉。犯罪发生后，通常由被害人及其法定代理人等享有起诉权的个人直接向有管辖权的司法机关控告犯罪人。但是，追究犯罪是十分复杂的活动，尤其是一些重大、复杂的犯罪案件，仅凭被害人个人的力量，很难完成追诉犯罪的任务。[①] 随着社会的发展和人类的进步，统治者也逐步认识到犯罪行为的社会危害性，其不仅是对被害人个人利益的侵犯，更为重要的是从根本上危害了国家和社会的利益，成为对整个统治阶级统治秩序的侵犯。如果将对犯罪行为的追究权仅赋予被害人个人，则既不利于保护被害人的利益，也不利于维护统治阶级的统治。于是，统治阶级为了加强惩罚危害国家利益和统治秩序的犯罪，开始设立专门的机构和官员来承担起诉职能，这就促使公诉制度逐步形成。如在英国，一向以实行私诉制度为传统，1985 年以前，刑事案件的起诉权并不集中在某一机关或某一官员的手中，任何个人、商号、政府机关和检察官员、警察都可以充当起诉人。随着政治、经济的发展，政府逐渐认识到："由地方当局控制起诉活动是不合适的……独立的检察机构的建立将促进统一和公正。"[②] 设立公诉可以克服单纯自诉的不足，同时，更有利于同犯罪作斗争，从而达到维护国家利益和统治权力的目的。

现代各国的起诉模式基本上可以分为两种类型：一是公诉独占主义，即刑事案件起诉权被国家垄断，排除被害人自诉，如日本等国家的起诉模式。二是公诉兼自诉制度，即较为严重的犯罪案件的起诉权由检察机关代表国家实行公诉，而少量的比较轻微的犯罪案件，基于效率等因素考虑，允许公民个人自诉。这是大多数国家所采取的一种以公诉为主、自诉为辅的起诉方式，我国的起诉模式即属于此种类型。

在符合起诉条件的公诉案件是否必须向审判机关起诉的问题上，诉讼理论中有起诉二原则之分：一是实行起诉法定主义。这主要是指只要犯罪嫌疑人符合法律规定的起诉条件，公诉机关就应当提起公诉，而不得考虑犯罪嫌疑人及其罪行有何酌定起诉与否的具体情节。西方学者认为，采取这种方式，强调的是起诉的合法性、公平性，因此，它又被称为起诉合法主义，这实际上排除了公诉机关对起诉的自由裁量权。一般说来，起诉法定主义在对犯罪进行追诉问题上统一了标准，可以避免公诉机关滥用公诉权，同时，还可以有效地防止刑事司法为政治势力所左右，保证法律的严肃性。但是，它欠缺对案件的具体情况的考虑，并且不能充分体现诉讼的效率原则。因此，起诉法定主义在司法实践中日益受到冲击。二是实行起诉便宜主义。起诉便宜主义主要是指在具备起诉条件的情况下，检察

---

① 参见左卫民、周长军：《刑事诉讼的理念》，4 页，北京，法律出版社，1999。

② ［英］A.N. 卡恩：《英国新建立的刑事检察机构》，载《法学译丛》，1987（2）。

机关享有自由裁量权，可以根据犯罪嫌疑人及其罪行等具体情况以及刑事政策等来决定是否提起公诉、追究犯罪。由于起诉便宜主义赋予检察机关在提起公诉问题上一定的自由裁量权，公诉机关可以根据案件的具体情节和刑事政策的有关规定决定有无追诉的必要，从而有利于实现刑法的价值目标。因此，世界上大多数国家的刑事诉讼法确认起诉便宜主义原则，赋予检察机关不同程度的自由裁量权。在历史上，起诉法定主义曾经处于一元独占的地位。现代刑事诉讼则强调起诉法定主义与起诉便宜主义的二元并存，强调二者的相互补充。

在我国，1996 年修订后的《刑事诉讼法》仍然坚持了公诉为主、自诉为辅的起诉模式，并适当扩大了自诉案件的范围；而在起诉的原则上，现行刑事诉讼法则贯彻了起诉法定主义为主、起诉便宜主义为补充的精神。

三、起诉的意义

在现代刑事诉讼程序中，起诉具有十分重要的意义：

1. 起诉是审判程序启动的前提和依据

现代刑事诉讼实行“不告不理”的原则，即没有起诉就没有审判。自诉人的自诉及检察机关对犯罪的追诉，为审判和惩罚犯罪创造条件、奠定基础，以实现国家对犯罪的追究和制裁，从而保护国家、社会和公民的利益。而且，提起公诉阶段在诉讼中具有承上启下的作用：一方面，可以对侦查机关侦查终结后移送审查起诉的案件从认定事实到适用法律进行全面审查，监督侦查工作依法进行；另一方面，将构成犯罪、需要追究刑事责任的人起诉到人民法院，以完成惩罚犯罪、保护无辜的任务。

2. 起诉体现了诉讼职能的分离

现代民主的司法制度要求严格区分控诉、辩护、审判三项职能，以促使审判主体中立。公正的审判，要求人人享有未经起诉不受法院审判的权利。起诉正是通过将控诉犯罪与审判犯罪进行职能上的分工来调整控诉与审判的关系，从而在制度上和程序上保障正确处理案件。早在奴隶制的罗马审判中就有“没有告诉就没有法官”的裁判规则。1791 年《法国宪法》第五章第 9 条规定：“在刑事方面，倘非根据审判员所收到的控告，或根据立法议会在其有权提起控诉的情况下，提出控诉令，任何公民均不得受到审判。”《法国刑事诉讼法典》第 231 条规定：“重罪法庭对于根据起诉裁定书送来的人犯有完全的审判权。重罪法庭不得受理任何其他控诉。”我国台湾地区“刑事诉讼法”第 268 条规定：“法院不得就未经起诉之犯罪审判。”无起诉即无审判，这已成为诉讼中的一项基本原则。也就是说，审判权是以起诉权为前提的，有了起诉权，审判权的存在才是合理、合法、公正的。[①]

---

① 参见宋军：《公诉权与人权及审判权中的若干问题》，载《法学研究》，1996（1）。

进一步而言，起诉的内容决定着审判的范围。在审判中以下两个方面必须保证：其一，对于没有被起诉的事实，审判机关不能审判；其二，审判结论所确认的事实和人员必须与起诉指控的事实和人员相一致。

公诉的出现与完善是国家职能发达的结果，而公诉权与审判权的分离是国家权力合理分化以及刑事诉讼科学与民主化的体现，是保持科学的诉讼结构，防止国家权力过分集中导致司法专横，从而实现刑事司法民主与公正的根本条件。

3. 起诉确定了刑事被告人的诉讼地位，使犯罪嫌疑人成为刑事被告人

起诉不仅启动了审判程序，在将被告人交付法庭审判接受可能的法律制裁的同时，也保障其应享有的合法权益。

第二节　审查起诉

一、审查起诉的概念和作用

审查起诉，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送审查起诉的案件和自行侦查终结的案件进行审查，依法对犯罪嫌疑人作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的诉讼活动。其主要内容包括：对移送审查起诉的案件以及自行侦查终结的案件进行全面审查并依法作出提起公诉、不起诉或撤销案件的决定；对侦查机关的侦查活动进行监督，纠正违法情况；复查被害人、被不起诉人的申诉；对于公安机关认为不起诉的决定有错误而要求复议、提请复核的，及时进行复议、复核。

《刑事诉讼法》第136条规定："凡需要提起公诉的案件，一律由人民检察院审查决定。"可见，在我国，无论是公安机关侦查终结移送审查起诉的案件，还是人民检察院自行侦查终结的案件，凡是需要对犯罪嫌疑人提起公诉的，只能由人民检察院代表国家行使审查起诉的权力，除此以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使该项权力。

审查起诉是刑事公诉案件的必经程序，其在刑事诉讼中的作用表现在：首先，审查起诉是追究和惩罚犯罪，实现国家刑罚权的重要程序环节。人民检察院通过对案件的审查，将犯罪事实清楚，证据确实、充分，犯罪嫌疑人依法应当被追究刑事责任的案件提起公诉，交付审判；对于在事实和证据等方面有遗漏、偏差的案件，自行或要求侦查机关补充侦查，从而为法庭查明案件事实、调查核实证据及正确定罪量刑创造条件和提供充分的依据。其次，审查起诉是人民检察院实现侦查监督职能的重要方式。人民检察院通过审查起诉，可以对侦查活动的过程和结果进行监督，以发现和纠正侦查活动中的违法情况，从而督促侦查机关严格依照法律规定的程序办案。最后，审查起诉是保证案件质量，保障公民合法权益不受侵犯的重要阶段。刑事诉讼法明确规定了起诉、不起诉的条件和程序，检察机关通过审查起诉活动，在对案件事实、情节全面了解和掌握，对适用法律问题仔

细斟酌的情况下，正确作出起诉或不起诉的决定，从而保证公诉的准确性和程序的公正性，防止将不符合起诉条件的人，如无罪的人、依法不应当追究刑事责任的人以及指控犯罪证据不足的人提交审判，从而及时地保障公民的合法权益不受侵犯，并进而节约了司法资源，从起诉环节上提高了诉讼效率。

二、审查起诉的内容

根据《刑事诉讼法》第 137 条和《检察院规则》第 250 条的规定，人民检察院对于移送审查起诉的案件，必须查明以下内容：

1. 犯罪嫌疑人身份状况是否清楚。犯罪嫌疑人的身份状况包括姓名、性别、国籍、出生年月、职业和单位等。

2. 犯罪事实、情节是否清楚，认定犯罪性质和罪名的意见是否正确；有无法定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；对于共同犯罪案件的犯罪嫌疑人在犯罪活动中的责任的认定是否恰当。

3. 证据材料是否随案移送，不宜移送的证据的清单、复制件、照片或者其他证明文件是否随案移送。

4. 证据是否确实、充分。犯罪事实和情节是否清楚，是由证据加以证明的。只有掌握了确实、充分的证据，才能准确认定犯罪事实。因此，在审查犯罪事实、情节时，必须对侦查中所获得的全案证据进行分析、鉴别，看其是否客观、全面、真实；是否与案件事实有关，是否充分；证据的证明效力如何；收集证据的程序是否合法。在审查时，既要注意证明有罪和罪重的证据，也要注意证明无罪和罪轻的证据，并注意各种证据之间有无矛盾，特别是犯罪嫌疑人的供述与其他证据之间有无矛盾。

5. 有无遗漏罪行和其他应当追究刑事责任的人。

6. 是否属于不应当追究刑事责任的情况。在审查起诉时，除了划清罪与非罪的界限之外，还要从事实、情节、法律规定等方面审查犯罪嫌疑人是否属于不应追究刑事责任的情况。《刑事诉讼法》第 15 条规定了不予追究刑事责任的六种情形，凡是具有规定的六种情形之一的，都不应追究刑事责任。一经查明，应当依法作出不起诉的处理决定。这样，在依法追究犯罪嫌疑人刑事责任的同时，又避免无罪的人或依法不应追究刑事责任的人受到错误的追究。

7. 有无附带民事诉讼。对于国家财产、集体财产遭受损失的，由人民检察院提起附带民事诉讼。被害人由于被告人的犯罪行为遭受直接物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。因此，人民检察院在对案件进行审查时，还必须审查犯罪嫌疑人的犯罪行为是否给国家、集体和公民个人造成财产上的损失以及损失的大小。如果是国家、集体财产受到损失，人民检察院在提起公诉的时候，可以主动提起附带民事诉讼；如果是公民的财产受到损失，被害人没有提起附带民事诉讼的，人民检察院应当主动告知被害人有提起附带民事诉讼的权利，

以保护被害人的合法权益。

8. 采取的强制措施是否适当。

9. 侦查活动是否合法。《刑事诉讼法》第 8 条规定："人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。"对侦查机关的侦查活动是否合法实行监督，是人民检察院实施法律监督的重要途径。这种监督主要通过提起公诉阶段对侦查机关移送审查起诉的案件进行审查来实现。在审查起诉时，一旦发现侦查活动有违法情况，应及时提出纠正违法的意见，侦查机关应当将纠正的情况告知人民检察院。对于在侦查活动中有刑讯逼供、贪污，挪用赃款、赃物以及徇私枉法等行为，情节严重，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

10. 与犯罪有关的财物及其孳息是否被扣押、冻结并妥善保管，以供核查。对被害人合法财产的返还和对违禁品或者不宜长期保存的物品的处理是否妥当，移送的证明文件是否完备。

三、审查起诉的步骤和方法

在人民检察院审查起诉阶段，实行专人审查、集体讨论、检察长决定的制度。根据我国刑事诉讼法的有关规定和司法实践经验，审查起诉的基本步骤和方法是：

1. 认真审阅、核查案卷材料

审阅案卷材料，是检察机关接触案件、掌握案情的开始，是查清事实、核实证据的基础。为此，人民检察院应将起诉意见书认定的犯罪事实与证据相对照，审查犯罪事实的每个环节是否都有相应证据予以证明；将犯罪嫌疑人的每次口供相对照，以及审查口供与其他证据之间是否一致；将犯罪事实与侦查机关认定的犯罪性质、罪名相对照，审查犯罪性质与罪名的认定是否正确；将犯罪嫌疑人的犯罪行为与有关法律规定相对照，审查犯罪嫌疑人的行为是否应负刑事责任以及侦查机关的处理意见是否正确。

2. 讯问犯罪嫌疑人

《刑事诉讼法》第 139 条规定，"人民检察院审查案件，应当讯问犯罪嫌疑人"。由此表明，讯问犯罪嫌疑人是审查起诉的必经程序和法定方法。在这一阶段，通过讯问，侧重听取犯罪嫌疑人的供述和辩解，进一步核实口供的可靠性，分析口供与其他证据之间有无矛盾，查清犯罪事实和情节，以便正确认定犯罪性质和罪名，同时，了解和掌握犯罪嫌疑人的思想动态和认罪态度，为出庭公诉做好准备。通过讯问，还可以发现是否有遗漏的罪行、遗漏的罪犯，以及侦查人员在侦查活动中有无违法情形。讯问犯罪嫌疑人，应当依照《刑事诉讼法》第 91 条至第 96 条的规定进行。

3. 听取被害人的意见

被害人在刑事诉讼中具有双重地位。从与案件的利害关系上讲，被害人是当事人；就其陈述可以作为证据而言，被害人又是一种证据的主体。检察机关作为

国家公诉机关，既代表社会，又代表被害人，有义务保证充分揭示案件真相。因此，检察机关在审查起诉时应当听取被害人的意见，以保证其合法权益能得到充分的保护。应当指出的是，听取被害人的意见，不意味着被害人的意见对检察机关具有法律约束力，是否采纳被害人的意见，由检察机关在实事求是的基础上决定。

4. 听取犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见

犯罪嫌疑人委托的人是辩护人，被害人委托的人是代理人。刑事诉讼法规定，公诉案件自案件移送审查起诉之日起，犯罪嫌疑人有权委托辩护人；公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自案件移送审查起诉之日起，有权委托诉讼代理人。犯罪嫌疑人的辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、技术性鉴定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人会见和通信。其他辩护人经人民检察院许可，也可以进行上述活动。修订后的《律师法》在刑事诉讼法规定的基础上又进一步扩展了受委托律师的权限，即自审查起诉之日起受委托律师不仅有权查阅、摘抄和复制与案件有关的诉讼文书，还可以查阅、摘抄和复制案卷材料。犯罪嫌疑人的辩护律师或其他辩护人和被害人的诉讼代理人在审查起诉阶段介入，有助于保障犯罪嫌疑人和被害人的合法权益，促进检察机关审查起诉质量的提高。但由于人民检察院审查起诉的活动与法院审判不同，不采取开庭的方式，所以，法律规定，人民检察院审查案件，应当听取犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见。在直接听取犯罪嫌疑人、被害人委托的人的意见有困难时，可以向犯罪嫌疑人、被害人委托的人发出书面通知，由其提出书面意见。

5. 调查、核实其他证据

在查阅案卷和讯问犯罪嫌疑人、听取被害方和辩护方的意见之后，如果发现口供和其他证据之间有矛盾、疑点，办案人员可以通过进一步调查侦查部门已经收集到的其他证据来核实有关问题：认为需要对犯罪嫌疑人或被害人进行医学鉴定的，应当要求公安机关进行，必要时也可以由人民检察院进行或者由人民检察院送交有鉴定资格的医学机构进行；发现犯罪嫌疑人有患精神病可能的，人民检察院应当按规定对其进行鉴定；对公安机关的勘验、检查，认为需要复验、复查的，应当要求公安机关复验、复查，或在商请公安机关派员参加、聘请专门技术人员参加时自行复验、复查；对物证、书证、视听资料、勘验和检查笔录存在疑问的，可以要求侦查人员提供物证、书证、视听资料、勘验和检查笔录获取、制作的有关情况，必要时可询问提供物证、书证、视听资料的人员并制作笔录，对物证、书证、视听资料进行技术鉴定；对证人证言笔录存在疑问或者认为对证人的询问不具体或者有遗漏的，可以对证人进行询问并制作笔录。

6. 作出处理决定

办案人员对案件进行审查后，应当制作审查意见书，根据案件的具体情况，提出起诉或者不起诉以及是否需要提起附带民事诉讼的意见，经审查起诉部门负

责人审核后，报请检察长或者检察委员会决定。对于公安机关移送审查起诉的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为的，应当书面说明理由，将案卷退回公安机关处理；发现犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，应当书面说明理由，将案卷退回公安机关并建议公安机关重新侦查。对于本院侦查部门侦查终结的案件，发现犯罪嫌疑人没有违法犯罪行为或犯罪事实并非犯罪嫌疑人所为的，应当将案卷退回本院侦查部门并建议作出撤销案件的处理。

此外，根据《刑事诉讼法》第 140 条的规定，人民检察院在审查起诉时，如果认为案件事实不清、证据不足，不能作出提起公诉或不起诉的决定，需要对案件作进一步的侦查的，可以决定补充侦查。补充侦查的形式有两种：一是退回公安机关补充侦查。它主要适用于案件主要事实不清、证据不足，或者遗漏罪行、遗漏同案犯，或者需要适用技术性较强的专门侦查手段才能查清事实的案件。人民检察院决定退回公安机关补充侦查的，应当写出补充侦查意见书，说明需要补充侦查的问题和要求。二是自行补充侦查。它适用的情形主要有：侦查中有逼供行为的；口供与其他证据矛盾较大的；经公安机关补充侦查后仍未查清的；与公安机关在认定案件事实和证据上有分歧的；退回补充侦查可能延误办案期限的，等等。对于补充侦查的案件，应当在 1 个月以内补充侦查完毕。补充侦查以两次为限。经过补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足、不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。

四、审查起诉的期限

为了保证刑事诉讼活动迅速、及时地进行，防止超期羁押犯罪嫌疑人，《刑事诉讼法》第 138 条、第 140 条第 3 款对审查起诉的期限作了规定：人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在 1 个月以内作出决定，重大、复杂的案件，可以延长半个月。对于补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。人民检察院审查起诉的案件，改变管辖的，从改变管辖后的人民检察院收到案件之日起计算审查起诉期限。

第三节　提起公诉

一、提起公诉的概念和条件

提起公诉，是指人民检察院代表国家，对于公安机关侦查终结移送审查起诉的案件以及自行侦查终结的案件，经过全面审查，认为犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，向人民法院提起诉讼，要求对被告人进行刑事处罚的活动。提起公诉是国家赋予人民检察院的一项专有职权，只有人民检察院才能代表国家对犯罪提起公诉，其他任何机关、团体和个人均无权行使该权利。

公诉是检察机关代表国家向被告人提出控告，要求法院通过审判追究被告人刑事责任的活动。它表明被告人正受到国家的刑事追究，将面临法院的刑事审判并可能被判处刑罚，因此，直接影响到公民的人身权利和其他合法权益。为了保证起诉质量，正确行使国家刑事追诉权，防止因错诉使无罪的人受到刑事追究，法律对公诉的条件作出了明确的规定和限制。

1. 犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪

公诉的目的是要求审判机关追究犯罪，是实行国家刑罚权的活动，而国家刑罚权的有无及是否发生，首先取决于犯罪嫌疑人是否有犯罪行为或者其行为是否已经构成犯罪。因此，公诉的首要条件是犯罪嫌疑人被指控的行为已经构成犯罪。

2. 有确实、充分的证据证明犯罪行为是犯罪嫌疑人所实施

指控的犯罪行为与犯罪嫌疑人这一特定对象之间必须有紧密联系。如果只有犯罪事实存在，却不能证明其由犯罪嫌疑人所为，同样不能对犯罪嫌疑人提出控诉。

根据《检察院规则》第279条的规定，具有下列情形之一的，可以认定犯罪事实已经查清：(1) 属于单一罪行的案件，查清的事实足以定罪量刑，或者与定罪量刑有关的事实已经查清，不影响定罪量刑的事实无法查清的；(2) 属于数个罪行的案件，部分罪行已经查清并符合起诉条件，其他罪行无法查清的，应当以已经查清的罪行起诉；(3) 无法查清作案工具、赃物去向，但有其他证据足以对被告人定罪量刑的；(4) 证人证言、犯罪嫌疑人供述和辩解、被害人陈述的内容中主要情节一致，只有个别情节不一致且不影响定罪的。

3. 依法应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任

公诉权是基于国家对犯罪行为的刑罚权而产生的诉讼上的刑罚请求权，因此，仅仅具备上述两个条件还不够，还要具备第三个条件才能提起公诉，即依法应当追究犯罪嫌疑人的刑事责任。也就是说，并非犯罪嫌疑人的行为构成犯罪就一定提起公诉，还必须排除法律规定不受刑事处罚的各种情形。如果在提起公诉时发现犯罪嫌疑人的行为虽然构成犯罪，但属于刑法或刑事诉讼法明确规定不应追究刑事责任的情形，即具有《刑事诉讼法》第15条规定的六种情形之一的，则没有交付审判的必要，不应作出提起公诉的决定。

二、起诉决定的后续程序

人民检察院作出起诉决定后，必须制作起诉书。起诉书是人民检察院代表国家向人民法院提出追究被告人刑事责任的诉讼请求的重要法律文书。从理论上讲，起诉书具有限定审判范围、阐释控诉理由、强制被告人到案等法律功能，它既是人民法院受理案件、对被告人进行审判的依据，也是控、辩双方进行法庭调查和辩论的基础；既直接关系到被告人的切身利益，也关系到国家法律的正确、统一实施。因此，制作起诉书是一项十分严肃的工作，必须做到忠于事实真相和符合法律要求。

起诉书应当包括下列内容：

1. 被告人的基本情况，包括姓名、性别、出生年月日、出生地、身份证号码、民族、文化程度、职业、工作单位及职务、住址，是否受过刑事处罚，采取强制措施的情况及在押被告人的关押处所等；如果是单位犯罪，应写明犯罪单位的名称，所在地址，法定代表人或代表的姓名、职务；如果还有应当负刑事责任的“直接负责的主管人员或其他直接责任人员”，应当按上述被告人的基本情况的内容叙写。

2. 案由和案件来源。所谓案由，是指案件的内容提要，通常只需写出犯罪主体和罪名。由公安机关侦查终结的案件，应写明侦查终结的公安机关的名称、案件移送本院的要求、案件移送过程、本院受理该案的时间等；人民检察院自行侦查终结的案件，案由和案件来源部分应写明犯罪主体和罪名以及“经本院侦查终结”字样。

3. 案件事实，包括犯罪的时间、地点、经过、手段、动机、目的、危害后果等与定罪量刑有关的事实要素。起诉书叙述的指控犯罪事实的必要要素应当明晰、准确。被告人被控有多项犯罪事实的，应当逐一列举；对于犯罪手段相同的同一犯罪，可以概括叙写。

4. 起诉的根据和理由，包括被告人触犯的刑法条款，犯罪的性质，法定从轻、减轻或者从重、加重处罚的情节，共同犯罪中各被告人应负的罪责等。

被告人的真实姓名、住址无法查清的，应当按其绰号或者自报的姓名、自报的年龄制作起诉书，并在起诉书中注明。被告人自报的姓名可能造成损害他人名誉、败坏道德风俗等不良影响的，可以对被告人编号并按编号制作起诉书，并在起诉书中附具被告人的照片。

人民检察院按普通程序向人民法院提起公诉时，应当向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据复印件或照片。证人名单应当包括在起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当列明证人的姓名、年龄、性别、职业、住址、通讯处。人民检察院针对具体案件移送起诉时，“主要证据”的范围由办案人员根据有关规定和各个证据在具体案件中的实际证明作用加以确定。

一般而言，主要证据是对认定犯罪构成要件的事实起主要作用，对定罪量刑有重要影响的证据，具体包括：(1) 起诉书中涉及的各种证据中的主要证据；(2) 同种类证据中被确定为“主要证据”的证据；(3) 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、正当防卫的证据。对于主要证据为书证、证人证言笔录、被害人陈述笔录、被告人供述与辩解笔录，或者勘验、检查笔录的，可以只复印其中与证明被告人犯罪有关的部分，鉴定书可以只复印鉴定结论部分。

人民检察院对于建议或者同意适用简易程序审理的公诉案件，应当向人民法院移送全部案卷和证据材料。

人民法院认为人民检察院移送起诉的有关材料不符合《刑事诉讼法》第 150

条规定的条件，向人民检察院提出书面意见要求补充提供的，人民检察院应当自收到通知之日起3日内补送。

对于人民法院要求补充提供的材料超出《刑事诉讼法》第150条规定的范围，或者要求补充提供材料的意见有其他不当情况的，人民检察院应当向人民法院说明理由，要求人民法院开庭审判；必要时人民检察院应当根据《刑事诉讼法》第169条的规定，向人民法院提出纠正意见。

提起公诉后、法庭开庭审理前，人民检察院自行补充收集证据材料的，应当根据《刑事诉讼法》第150条的规定，向人民法院移送有关的证人名单、证据目录和主要证据的复印件或者照片。

三、起诉阶段的证据开示

（一）证据开示的立法与操作规程

证据开示（discovery），又常被译为证据展示，是指在审判制度中，一方当事人从对方当事人获取有关案件的事实和信息，从而有助于该方当事人为审判做准备的审前机制。作为一种制度，其最早发端于英美法系国家，并为原属大陆法系的日本和意大利的立法所吸收。具体而言，这一制度运作的主要机理是：在辩方提出合理申请的情况下，法庭可以要求控方在审判前允许辩护方查阅或得到其掌握的证据材料；同时，在法律规定的特定情况下，法庭也可以要求辩护方将其准备在审判中提出的证据材料向指控方予以开示。在开示义务上强调控、辩双方实质的而非形式上的平等——要求控方承担全面的开示义务，辩方只需开示关于辩护陈述方面的信息。根据我国1979年《刑事诉讼法》的规定，检察机关提起公诉后应当随案移送全部案卷材料，与此同时，审判机关决定开庭审理案件后，辩护律师就可到人民法院查阅人民检察院移送的全部案卷材料。这实际上是以辩护律师阅卷权的方式规定了审判阶段的证据开示。

现行《刑事诉讼法》第36条规定：辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起，可以查阅、摘抄、复制本案的技术性鉴定材料……其他辩护人经人民检察院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料……辩护律师自人民法院受理案件之日起，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实材料……其他辩护人经人民法院许可，也可以查阅、摘抄、复制上述材料。在立法规定的基础上，《六机关规定》第13条再次强调了辩护人的阅卷权，并规定了在庭审期间，辩护律师可以申请人民法院向人民检察院调取检察机关掌握的有利于被告人的证据材料，并可以到人民法院查阅、摘抄、复制该证据材料。《检察院规则》第319条规定，《刑事诉讼法》第36条所指称的诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等，为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书；而技术鉴定材料则包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等，由有鉴定资格的人员对人身、物品以及其他有

关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。《高法解释》第40条也再次重申人民法院应当为辩护律师查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料提供方便，并保证必要的时间。其他辩护人经人民法院准许，可以查阅、摘抄、复制本案所指控的犯罪事实的材料。至于何为“指控犯罪事实的材料”，根据《刑事诉讼法》第150条的规定，是指“证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片”。从以上规定可以看出，我国现行刑事诉讼法同样规定了证据开示。

总体而言，我国现有的刑事证据开示具有以下特点①：（1）以辩方阅卷权为主要内容，但与1979年《刑事诉讼法》相比，这一权利所及的范围受到了极大的限制。（2）实行单向开示。检察机关负有向辩方开示证据的义务，辩方不负开示义务。（3）实行直接开示与间接开示相结合的方式。在起诉阶段，由检察机关直接向辩方开示证据；在审判阶段，由检察机关将有关证据材料移送人民法院，辩方到人民法院进行查阅、摘抄、复制。（4）开示时间分别为审查起诉之日起和人民法院受理案件之日起。（5）开示的证据范围较小，且在不同阶段所开示的证据范围也不同。与《刑事诉讼法》修订前辩方能看到控方全部案卷材料相比，现行刑事证据开示制度中证据开示的范围大幅度缩小，辩方在证据开示中所能接触的证据极为有限。同时，在不同阶段所开示的证据有所不同：在起诉阶段，控方向辩方开示的证据只有技术性鉴定材料；在审判阶段，开示的则为指控犯罪事实的材料，而这些材料又受到了《刑事诉讼法》第150条所确立的“主要证据”移送方式的限制。

（二）完善我国刑事证据开示制度的主要思路

从制度层面上讲，证据开示的设立宗旨有二：一是从信息披露的角度实现控、辩双方“平等武装”，以强化程序公开；二是强调诉讼中的知己知彼，防止举证中的突然袭击，维持程序的真实发现功能。目前在我国庭审方式向控辩对抗过渡的情况下，实行庭前证据开示制度更显必要。一方面，由于律师自行调查、收集证据的能力有限，辩方往往较多地依赖于控方所收集的证据；另一方面，庭审的效率性和实质化要求也反对靠“埋伏”证据进行诉讼对抗。而我国现行诉讼中有关刑事证据开示的法律规定过于粗略，不仅不能解决庭审中的控辩不平等、证据“突袭”现象，而且严重地妨碍了辩护功能的全面发挥，成了对抗制庭审方式顺利推进的重要掣肘性因素，因此，有必要借鉴外国行之有效的做法，从开示的内容、地点、时间及违反开示义务的制裁措施等方面②，对证据开示进行系统建构，从制

---

① 参见徐静村：《21世纪中国刑事程序改革研究——〈中华人民共和国刑事诉讼法〉第二修正案（学者建议稿）》，430页，北京，法律出版社，2003。

② 有关这几方面的设想，不少学者提出了很好的建议。具体可参阅龙宗智：《刑事诉讼中的证据展示制度》，载《政法论坛》，1998（2）；陈瑞华：《英美刑事证据展示制度之比较》，载《政法论坛》，1998（6）；孙长永：《当事人主义刑事诉讼与证据展示》，载《法律科学》，2000（4）。

度上保证检察机关在提起公诉前与律师进行证据交换，以促进辩护活动的顺利开展，维护起诉程序中的控辩平等。

根据立法的规定，从时间上看，刑事诉讼中的证据开示可分为三个阶段：起诉阶段、起诉后的法院审查公诉阶段、法庭审理过程中的延期审理阶段。具体就起诉阶段而言，即自人民检察院审查起诉之日起至人民检察院提起公诉之日止这一阶段，检察机关应当向辩护人开示其掌握的、在侦查阶段收集的全部证据材料。与此同时，辩方在此期间收集到的应予开示的证据也应及时向控方开示。我们认为，与后两个阶段的开示方式不同（需由法官主持），在这一阶段宜采用直接开示方式，即控方将有关证据材料直接向辩方开示并听取辩方的意见，而辩方若有足以否定指控的关键证据，如不在犯罪现场的证据，也应直接向控方开示，为后续程序的准确、慎重推进或及时终结提供相对应的证据支持。

第四节 不起诉

一、不起诉的概念

不起诉，是指人民检察院对公安机关侦查终结移送审查起诉的案件和自己侦查终结的案件进行审查后，认为犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪或依法不应被追究刑事责任，或者犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚，或者证据不足，不符合起诉的条件，从而依法作出不将案件交付人民法院审判的一种处理决定。

不起诉决定具有终止刑事诉讼的效力，其性质是人民检察院确认犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪或者依法不追究其刑事责任的诉讼处分。

二、不起诉的种类及适用条件

《刑事诉讼法》第142条规定：“犯罪嫌疑人有本法第十五条规定的情形之一的，人民检察院应当作出不起诉决定。对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。”第140条第4款规定：“对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。”根据上述法律规定，我国的不起诉决定可以分为以下几种：

1. 绝对不起诉或法定不起诉

根据《刑事诉讼法》第142条第1款的规定，凡是属于《刑事诉讼法》第15条规定的情形之一的，人民检察院就应当作出不起诉的决定。在这种情况下，人民检察院没有自由裁量权，只能依法作出不起诉决定。根据《刑事诉讼法》第15条的规定，绝对不起诉适用于以下六种情形：（1）情节显著轻微、危害不大，不

认为是犯罪的；（2）犯罪已过追诉时效期限的；（3）经特赦令免除刑罚的；（4）依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；（5）犯罪嫌疑人、被告人死亡的；（6）其他法律规定免予追究刑事责任的。

2. 轻罪不起诉或酌定不起诉

《刑事诉讼法》第 142 条第 2 款规定："对于犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的，人民检察院可以作出不起诉决定。"针对刑事诉讼法规定的情形，人民检察院可以斟酌具体案情和犯罪嫌疑人的悔罪表现来确定，或者提起公诉，追究犯罪嫌疑人的刑事责任，或者不提起公诉，终结诉讼。按此款被不起诉的人应被视为无罪。因此，轻罪不起诉是人民检察院行使起诉裁量权的表现，其条件有二：一是犯罪情节轻微，二是依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚。这两个条件应当同时具备。犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪以及虽构成犯罪但不应当追究其刑事责任的，都不能依此款规定作不起诉处理。

3. 证据不足不起诉或存疑不起诉

《刑事诉讼法》第 140 条第 4 款规定："对于补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，可以作出不起诉的决定。"根据《刑事诉讼法》的上述规定，证据不足不起诉包含两个条件：一是在程序上，人民检察院在审查起诉中发现案件证据不足，不能径行作出不起诉的处理决定，而必须将案件退回补充侦查；二是在实体上，只有在人民检察院认为证据不足，未达到起诉的条件时，才能作出不起诉的处理决定。

根据《检察院规则》的规定，具有下列情形之一，不能确定犯罪嫌疑人的行为构成犯罪和需要追究其刑事责任的，属于证据不足，不符合起诉条件：（1）据以定罪的证据存在疑问，无法查证属实的；（2）作为犯罪构成要件的事实缺乏必要的证据予以证明的；（3）据以定罪的证据之间的矛盾不能合理排除的；（4）根据证据得出的结论具有其他可能性的。

人民检察院根据《刑事诉讼法》第 140 条第 4 款的规定决定不起诉的，在发现新的证据，符合起诉条件时，可以提起公诉。

三、不起诉决定的后续程序

人民检察院决定不起诉的，应当制作不起诉决定书。不起诉决定书的主要内容包括：（1）被不起诉人的基本情况，包括姓名、年龄、出生年月日、出生地、民族、文化程度、职业、住址、身份证号码，以及是否受过刑事处罚，拘留、逮捕的年月日和关押处所等；（2）案由和案件来源；（3）案件事实，包括否定或者指控被不起诉人的行为构成犯罪的事实，以及作为不起诉决定根据的事实；（4）不起诉的根据和理由，写明作出不起诉决定适用的法律条款；（5）有关告知事项。

人民检察院对于决定不起诉的案件，可以根据案件的不同情况，对被不起诉人予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失。对被不起诉人需要给予行

政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，人民检察院应当提出检察意见，连同不起诉决定书一并移送有关主管机关处理。

对于不起诉决定书，人民检察院应当公开宣布，并且送达被不起诉人和他的所在单位。如果被不起诉人在押的，应立即释放。不起诉决定一经宣布，立即产生法律效力。如果被不起诉人的财物在侦查中被扣押、冻结的，人民检察院在宣布不起诉决定时，应解除扣押、冻结。

对于公安机关移送审查起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达公安机关。

对于有被害人的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达被害人。

四、对不起诉的规制和救济

修订后的《刑事诉讼法》第144条、第145条和第141条对刑事不起诉的规制和救济途径作出了明确的规定。从刑事诉讼主体的角度分析，可以划分为以下几类：

1. 法院的监督与制约

依据刑事诉讼法的规定，被害人不服不起诉决定的，可以向人民法院起诉。法院对于被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件，可以作为自诉案件受理；对于犯罪事实清楚、有足够证据的案件，应当开庭审判。由此可见，检察机关对某一案件作出不起诉决定，而被害人有证据证明应当追究刑事责任，依法律规定起诉的，法院有权对此进行裁决。

2. 检察系统内部的制约

《检察院规则》第306条规定："最高人民检察院对地方各级人民检察院的起诉、不起诉决定，上级人民检察院对下级人民检察院的起诉、不起诉决定，如果发现确有错误的，应当予以撤销或者指令下级人民检察院纠正。"第305条规定："人民检察院如果发现不起诉决定确有错误，符合起诉条件的，应当撤销不起诉决定，提起公诉。"这表明上一级检察机关对下级检察机关作出的不起诉决定有权监督和复查。

3. 公安机关的制约

修订后的《刑事诉讼法》第144条规定："对于公安机关移送起诉的案件，人民检察院决定不起诉的，应当将不起诉决定书送达公安机关。公安机关认为不起诉决定有错误的时候，可以要求复议，如果意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。"

4. 被不起诉人的救济制约

被不起诉人作为与案件有直接利害关系的当事人，对检察机关作出的不起诉

决定不服的，有权依照法律规定的诉讼程序寻求救济。检察院依照《刑事诉讼法》第 142 条第 2 款的规定作出的不起诉决定，是在确认被不起诉人有犯罪事实的基础之上作出的，虽然它不同于原《刑事诉讼法》中的定罪免诉处理，是一种无罪的处理决定，对被不起诉人的人身、财产也不能作实体上的处分，但对被不起诉人需要给予行政处罚、行政处分或者需要没收其违法所得的，检察机关有权提出检察意见，移送有关主管机关处理。在这种情况下，被不起诉人如果认为自己根本没有犯罪事实，检察机关的不起诉决定是错误的，可以依照《刑事诉讼法》第 146 条就检察机关所作出的轻罪不起诉决定申诉。

5. 被害人的自我救济

被害人是遭受犯罪行为直接侵害的人，检察机关的不起诉决定如果不当，必然会使其利益得不到应有的法律保护。对此，修订后的《刑事诉讼法》第 145 条规定了两条被害人实现自我救济的途径：一是被害人对人民检察院不起诉决定如果不服，可以自收到决定书后 7 日以内向上一级人民检察院申诉，请求提起公诉。人民检察院应当将复查决定告知被害人。对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。二是被害人也可以不经申诉，直接向人民法院起诉。人民法院受理案件后，人民检察院应当将有关案件材料移送人民法院。对被害人自我救济的途径进行法律规定，有利于加强对被害人利益的保护。

第五节　自　诉

一、自诉案件的概念

自诉案件，是指享有起诉权的人依法提起刑事诉讼，并由人民法院直接受理的案件。在我国，其是指被害人及其法定代理人或近亲属为追究被告人的刑事责任，自行向人民法院起诉，由人民法院直接受理的刑事案件。

自诉案件与告诉才处理的案件不完全相同。实体法所规定的告诉才处理也称亲告或告诉乃论，它只是从社会危害性的角度对告诉权进行限制，并不涉及起诉权主体问题。告诉人是否享有直接的起诉权应由刑事诉讼法予以规定。如，有的国家虽然规定了亲告罪，但被害人只能向检察官提起告诉，然后由检察官向法院提起公诉。这类案件是实体法所规定的告诉才处理的案件，却不属于刑事诉讼法上的自诉案件。自诉案件必须是享有告诉权的人依法向法院直接提起刑事诉讼的案件。

二、提起自诉的条件

根据法律规定，提起自诉必须具备以下条件：

1. 自诉人是本案的被害人或者其法定代理人、近亲属

《刑事诉讼法》第 88 条明确规定："对于自诉案件，被害人有权向人民法院直接起诉。"被害人是遭受犯罪行为直接侵害的人，对于法律规定允许自诉的案件，当然有权直接向人民法院提起控诉，要求追究被告人的刑事责任。

根据上述第 88 条及相关的司法解释，如果被害人死亡、丧失行为能力或者因受强制、威胁等原因无法告诉，或者是限制行为能力人，以及由于年老、患病、盲、聋、哑等原因不能亲自告诉的，其法定代理人、近亲属有权向人民法院起诉，人民法院应当依法受理。

2. 案件属于《刑事诉讼法》第 170 条规定的案件范围

根据《刑事诉讼法》第 170 条的规定，我国的刑事自诉案件包括三类：一是告诉才处理的案件；二是被害人有证据证明的轻微刑事案件；三是被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。自诉的提起不能超出上述范围，否则，人民法院有权不予受理。

3. 案件属于受诉人民法院管辖范围

自诉人提起自诉，必须向有管辖权的人民法院提出。对于不属于本院管辖的案件，即使具备自诉的其他条件，该人民法院也有权不予受理。因此，自诉人提起自诉时，应当遵守刑事诉讼法关于管辖的有关规定。

4. 有明确的被告人、具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据

自诉案件的被告人必须是被指控犯罪、依法应当追究刑事责任的人。自诉人不能将与案件无关的其他人员作为被告人。如果被告人已经死亡或者下落不明，无法到案的，自诉将无法成立。提起自诉时，必须列明具体的诉讼请求，并附有相应的证据。诉讼请求应当体现自诉人提起诉讼的目的，因此，应尽可能明确具体、有理有据。由于自诉人要承担自诉案件的举证责任，所以，起诉时，自诉人应提供有关的证据，以证明自己的诉讼请求和主张。

三、自诉的提起与审查程序

自诉人应当向人民法院提交刑事自诉状；附带民事诉讼的，应当提交刑事附带民事诉状。自诉人书写自诉状有困难的，可以口头起诉，由人民法院工作人员制作告诉笔录，向自诉人宣读，自诉人认为没有错误后，应当签名或者盖章。自诉状或者告诉笔录应当包括以下内容：

（1）自诉人、被害人、代为告诉的近亲属和被告人的姓名、性别、年龄、民族、籍贯、出生地、文化程度、职业、工作单位和住址；（2）被告人犯罪行为的时间、地点、手段、情节和危害后果等；（3）具体的诉讼请求；（4）致送人民法院的名称及具状时间；（5）证人的姓名、住址及其他证据的名称、件数、来源等。

如果被告人是两人以上的，自诉人在告诉的时候需按被告人的人数提供自诉状副本。

人民法院应当自收到自诉状或者口头告诉第二日起15日以内作出是否立案的决定，并书面通知自诉人或者代为告诉人。

对于已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，人民法院应当说服自诉人撤回起诉或者裁定驳回起诉；自诉人经说服撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院应当受理。

自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后，自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实又提起自诉的，人民法院不予受理，但当事人另行提起民事诉讼的除外。

人民法院受理自诉案件后，对于当事人因客观原因不能取得并提供有关证据而申请人民法院调取证据，人民法院认为必要的，可以依法调取。

【问题与思考】

1. 简述起诉方式和公诉原则的变化发展。
2. 提起公诉的条件是什么？
3. 不起诉的种类有哪些？
4. 如何制约检察机关的不起诉裁量权？
5. 自诉案件的范围是什么？提起自诉的主体有哪几种？
6. 案例讨论：

李某、张某二人系同村人，相邻居住。2005年8月15日上午11时许，张某的儿子（6岁）在李某家与李某的儿子（5岁）一起玩耍时，不小心将李某儿子的电动玩具车的遥控器摔坏，李某随即来到张某家找到张某要求赔偿，二人因此发生口角，进而在屋外的空地处相互打斗，在纠缠中张某被李某按倒在地。李某之妻王某此时正巧外出砍柴回家，见状拿出镰刀冲上前向张某的腿部、背部各砍了一刀，致张某重伤，后张某经送往医院抢救后脱险，住院2个月。李某、王某被公安机关依法逮捕后，张某向县人民检察院提出要求二人赔偿其住院费、误工费以及精神损失费。县人民检察院审查后，认为李某犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚，于是，决定对李某不起诉，只将王某一人作为刑事附带民事诉讼的被告人移送法院起诉。

问题：

（1）人民检察院对李某作出不起诉决定是否正确？

（2）人民检察院只将王某一人作为刑事附带民事诉讼的被告人的做法是否正确？

第四编

审判程序

第十五章 刑事审判程序概述

第一节 刑事审判的 概念和任务	一、审判和刑事审判的概念 二、刑事审判的任务 三、刑事审判的意义
第二节 刑事审判的模式	一、当事人主义审判模式 二、职权主义审判模式 三、混合式审判模式 四、我国的刑事审判模式
第三节 刑事审判的原则	一、审判公开原则 二、直接、言词原则 三、辩论原则 四、陪审原则 五、集中审理原则
第四节 审级制度	一、审级制度的概念和意义 二、三审终审制与两审终审制 三、确定审级制度的原因或理由

本章概要

无罪推定原则将刑事审判置于整个刑事诉讼程序中心的地位。刑事审判集中而又系统地检验着审前程序中控、辩双方诉讼行为的合法性、公正性和合理性，而控、辩双方的一切审前行为也以最终获得审判支持为目标。现代刑事审判的任务设定、模式选择、原则确立、制度安排和程序设计，集中体现了现代刑事司法对公正和效率、社会安全和个人自由等多元价值的平衡与兼顾。

关键术语

审判模式　直接、言辞原则　辩论原则　集中审理原则　两审终审制

第一节　刑事审判的概念和任务

我们法官的功能不在于改变文明的进程，而在于规范它，使之有序化。生活之书在变化发展，明天展示在我们面前的价值可能与今天的价值截然不同。

——【美】本杰明·N·卡多佐

一、审判和刑事审判的概念

人类社会充满了矛盾和冲突，有矛盾和冲突就需要有解决矛盾和冲突的途径与方法，否则，人类社会就不能有序地存续和发展。解决矛盾和冲突的途径与方法多种多样，在推行法治的社会里，通过国家审判机关对矛盾和冲突作出裁判，是解决矛盾和冲突最终的，也是最权威的形式。现实生活中发生矛盾和冲突的社会关系如果被纳入了具体的法律规范的调整范围，这些矛盾和冲突的本质便是法律上的权利义务争议。解决权利义务争议的需要是审判存在和审判程序运行的根据。由于审判所要解决的争议的性质不同，现代国家的审判便大致分为民事审判、刑事审判、行政审判三大类。民事审判解决公民、法人或其他组织之间民事权利义务方面的争议，刑事审判解决涉嫌犯罪的主体与国家之间刑法上的权利义务争议，行政审判解决行政机关与行政管理相对人在行政法律关系方面的权利义务争议。

审判是解决争议的一种国家活动，是由国家设立的审判机关作为争议解决的第三方所进行的活动。根据现代诉讼理论，审判活动的基本要素包括四个方面：（1）客观上存在双方或多方之间权利义务的争议；（2）争议的当事人将争议提交与该争议无利害关系的权威的第三方解决；（3）第三方在争议各方的参加下依照一定的程序解决争议；（4）对争议的解决具有终局性。在现代社会，解决争议的

权威的第三方就是国家依法设立的各级法院，在我国就是各级人民法院。依据现代法治原则，法院依法独立、公正地行使审判权。

从构成审判活动的基本要素可以看出，所谓审判，是指法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法定的程序，对权利义务的争议进行审理并作出裁判的活动。

刑事审判是审判的一种。在我国，刑事审判就是指人民法院在控、辩双方和诉讼参与人的参加下，依照法定的权限和程序对被提交审判的刑事案件进行审理并作出裁判的活动。人民检察院对侦查终结的案件进行审查后，认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，便应当向有管辖权的人民法院提起公诉。公民依据《刑事诉讼法》第 170 条的规定也可以向人民法院提起刑事自诉。一旦人民法院受理了公诉机关或公民的起诉，案件便进入了审判阶段，由此开始的诉讼活动就是审判活动。

审判活动实际上由审理和裁判两部分活动所组成，“审判”可以看作是“审理”和“裁判”的简称。所谓审理，就是人民法院的审判组织在控、辩双方和其他诉讼参与人的参加下，对案件的事实和证据进行审查核实，查明案件事实，取舍种种证据，并就正确适用法律听取控、辩双方意见和建议的活动。所谓裁判，是指人民法院的审判组织根据对案件事实和证据审查核实的结果，依据刑法和刑事诉讼法对案件的实体问题与某些程序问题作出权威性处理决定，并以人民法院的名义予以公开宣告的活动。审理和裁判是不可分割的组成部分：审理是裁判的基础和前提，裁判是审理的目的和结果。审判是一个从受理起诉到宣告判决的诉讼过程，法庭审判是审判活动的主要方式和主要阶段，但不是审判活动的全部，因此，也可以说法庭审判是狭义的审判概念。

从现代司法理念看，刑事审判作为刑事诉讼的一个重要阶段，与刑事诉讼中其他的国家权力活动或其他的争议解决方式相比，具有以下几个基本特征：

1. 审判程序启动的被动性。侦查机关、检察机关代表国家承担追究犯罪，保护国家利益、集体利益、公民个人合法权益和社会公共利益免受犯罪侵害的职责，因此，当发现存在犯罪事实，需要追究刑事责任的时候，必须主动、及时立案，即主动地启动刑事诉讼程序。与控诉机关行使追诉权的主动性不同，法院行使审判权则具有被动性的特征，即法院奉行不告不理、无控诉便无审判的原则，审判权的行使以公诉机关提起公诉或自诉人提起自诉为前提。审判程序启动的被动性主要表现在四个方面：一是在没有起诉的情况下，不能主动地启动一个审判程序对案件进行审理和判决；二是在已经开始的审判程序中，法庭不能主动审判控方未起诉的罪名和犯罪事实；三是如果被告人没有提起反诉，法庭不能主动审理反诉案件；四是没有当事人的上诉或公诉机关的抗诉时，上一级法院不得启动第二审程序。

2. 裁判者的中立性。裁判者即法官的中立性已经被公认为公正审判的国际标准之一。“人人于其权利与义务受到判定时及被刑事控告时，有权享受独立无私法

庭之绝对平等不偏且公开之听审。”[①] “任何人受刑事控告或因其权利义务涉讼须予判定时，应有权受独立无私之法定管辖法庭公正公开审问。”[②] 裁判者中立是刑事审判实体公正与程序公正的重要保证和体现，其要旨是作为争议解决者的裁判者必须具有独立、超然、公正、无偏的态度。裁判者中立是所有由无利害关系第三方出面解决争议或判定胜负的程序都应具备的特征，而审判作为解决争议的权威方式，其权威性也来源于裁判者的中立性。裁判者的中立性不仅指作为裁判机关的法院应当中立，而且更主要的是指具体实施审判活动的法官应当中立。通常认为，裁判者中立包含三项具体要求：(1) 与案件有牵连的人不能成为该案的法官；(2) 法官不得与案件的结果或争议各方有利益或其他方面的关系；(3) 法官不应存有支持或反对某一方诉讼参与者的偏见。

3. 审判过程的公开性与民主性。与立案、侦查、起诉等诉讼活动不同，刑事审判必须公开进行。这同样已经成为公正审判的基本原则和基本标准之一。除法律另有规定以外，审判一律公开进行，即使依法不公开审理的案件，其判决的宣告也应当公开。同时，法官对案件作出判决须以充分听取控、辩双方的意见为前提；控、辩双方直接参与审判程序，特别是围绕事实、证据和法律适用进行直接的言词辩论成为必不可少的法定程序；刑事被告人除了行使辩护权以外，还可以由其委托或由法院为其指定律师进行辩护。这些都充分体现了刑事审判过程的民主性特征。

4. 对案件处理的终局性和权威性。刑事审判对刑事案件的处理是终局的，也是权威的。审判前阶段上所进行的任何诉讼活动都只是为将案件提交法院处理做准备，而法院一旦就案件作出判决，便具有终局性和权威性。终局性是指，法院一旦对案件进行审理，就必须对案件裁判。判决一旦生效，诉讼的任何一方不能要求法院再次审判该案，其他任何机关也不得对该案重新处理。与终局性相联系，权威性体现在刑事判决一旦发生法律效力，对诉讼双方和其他任何组织或个人都具有拘束力，有关各方都有执行裁判或不妨害裁判执行的义务。

二、刑事审判的任务

刑事审判是刑事诉讼过程的一个重要组成部分，因而刑事审判与整个刑事诉讼活动的任务有着共同的内容。我国《刑事诉讼法》第2条规定了刑事诉讼法的任务，即“保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子，保障无罪的人不受刑事追究，教育公民自觉遵守法律，积极同犯罪行为作斗争，以维护社会主义法制，保护公民的人身权利、财产权利、民主权利和其他权利，保障社会主义建设事业的顺利进行”。刑事诉讼法的任务也就是刑事诉讼的任务，整

---

① 《世界人权宣言》第10条。

② 《公民权利和政治权利国际公约》第14条。

个刑事诉讼活动都是为了实现这个任务。刑事诉讼的任务反映了刑事诉讼的普遍属性，但刑事诉讼是由各个不同的诉讼阶段构成的，各个诉讼阶段又有自己的特殊的任务。根据唯物辩证法关于矛盾普遍性与特殊性的原理，刑事审判的任务应当分为两个层次：一是刑事审判的根本任务。刑事审判的根本任务就是整个刑事诉讼活动的任务。二是刑事审判的特有任务。刑事诉讼的各个阶段都有自己特有的任务，比如立案的任务是审查有无犯罪事实发生，是否需要追究刑事责任，并在认为有犯罪事实发生并需要追究刑事责任时启动刑事诉讼程序，开始追究犯罪的活动；刑事侦查的任务是揭露和证实犯罪，为将案件提起公诉做准备。刑事审判的特有任务与立案或侦查的任务不同，它既不是为了发动一个刑事追究程序，也不是为了揭露和证实犯罪，而是针对控诉方提起的诉讼进行审理并作出权威的判断，对控方提出的要求对被告人进行定罪判刑的诉讼请求作出肯定或否定的宣告。明确刑事审判的特有任务，是正确处理刑事诉讼过程中法院与人民检察院和公安机关的关系，保障刑事审判的独立性、中立性、公正性的关键。如果只看到刑事审判的根本任务，忽视刑事审判的特有任务，就容易混淆人民法院的审判职能与刑事追诉机关的控诉职能。刑事审判的特有任务包括两个基本的方面：

1. 对案件事实进行审查、判断。控方向人民法院提起诉讼，意味着向人民法院提出了诉讼请求。与其起诉权相联系，控诉方必然履行主张案件事实的责任、提供相应证据的证明责任。刑事审判的任务首先就是审查并判断控方主张的案件事实是否清楚、能否成立，证明这些事实的证据是否确实、充分。案件事实主要是实体事实即控方所主张的被告人的犯罪事实，但也包括程序事实。从一定意义上讲，审判权就是判断权，判断权的对象首先是案件事实及与事实相联系的证据。刑事审判的任务首先并主要集中在对案件事实的判断上，对证据的判断是对案件事实判断的要求和途径。对案件事实和证据的审查不是独立的任务，而是判断借助的工具和程序。刑事审判的这一任务体现在判决书必须对控方起诉主张的案件实体事实和程序事实以及提供的相应证据作出认定或否定的宣告。

2. 适用法律，对案件作出权威的处理。对案件事实进行审查、判断是刑事审判的第一道任务，完成这一任务旨在适用法律，对案件作出权威的处理。具体地说，在认定指控的犯罪事实是否成立，证据是否确实、充分之后，刑事审判还必须依据刑法和刑事诉讼法的具体规定，对被告人的行为是否构成犯罪、构成什么犯罪、是否需要判处刑罚、判处何种刑罚、刑罚如何执行、判决生效的时间和条件等作出决定并予以公开宣告。

尽管适用法律、作出判决必须以对案件事实和证据的审查、判断为基础，但刑事审判的这两项特有任务并不是互相分离的，在审查、判断事实和证据的过程中，已经蕴涵着对法律的适用问题，而对法律的适用本身也是一个对事实性质的判断过程。另外，还需要说明的是，实现刑事审判的特有任务与实现刑事审判的根本任务是相一致的，不能把二者割裂开来。只有认真完成了刑事审判的特有任

务，才能最终实现刑事审判的根本任务。

三、刑事审判的意义

刑事审判的意义并不是指刑事诉讼的一般意义，而主要是指刑事审判在整个刑事诉讼过程中的地位和作用。

尽管就公诉刑事案件而言，立案、侦查、起诉、审判和执行五个基本阶段都很重要，缺一不可，但在整个刑事诉讼过程中，审判居于中心或者说核心地位。在这一意义上，刑事审判的意义主要有以下三个方面：

1. 刑事诉讼其他阶段的活动围绕刑事审判展开，受刑事审判制约。对犯罪者进行刑事追究，目的是实现国家的刑罚权，但“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪”，国家行使刑罚权以人民法院依法判决、确定犯罪者刑事责任为前提。因此，审判前阶段的立案、侦查、起诉活动都是为了让人民法院依法确定犯罪者有罪并宣告对犯罪者的刑罚。为此直接目的，审判前阶段的诉讼活动要受到刑事审判的制约，表现为必须服从于人民法院审判活动的任务、原则和程序要求，否则，控方提供的证据可能不被采纳，指控的罪名不能成立。刑事执行也必须以刑事判决为依据，是刑事审判法律效力的具体体现，因而同样受刑事审判的制约。

2. 刑事审判过程集中体现了刑事诉讼的民主性、公开性和公正性。在审判前阶段上，刑事诉讼活动虽然也以保障诉讼参与人权利和程序公正为原则，但毕竟是在国家侦查机关、检察机关主导下进行的诉讼活动，其诉讼活动大部分都在秘密状态下进行，程序民主与公正基本上取决于侦查、起诉机关对法律的遵守，当事人享有的诉讼权利相对较少，程序公正性缺少强有力的保障。与此不同，当事人在审判阶段享有较为广泛的民主权利，可以真正以诉讼主体身份参与诉讼，而且审判公开原则和制度使审判活动置于诉讼参与人和公众的监督之下，使得当事人的诉讼权利和程序的公正性得到较为有力的保障。

3. 刑事审判阶段充分实现了控、辩、审三种基本职能的结合。现代刑事诉讼是控诉职能、辩护职能、审判职能三者的结合和统一，该三种职能的结合与统一保证了刑事诉讼的民主性和公正性。但在审判前阶段，主要体现的是控诉职能，辩护职能微弱而且缺乏保障，审判职能尚未形成。只有到了审判阶段，该三种职能才实现了有效的结合和完整的统一。

第二节 刑事审判的模式

在近年来的刑事诉讼理论研究中，出现了刑事诉讼形式、刑事诉讼结构、刑事诉讼构造、刑事诉讼模式等概念，这些概念虽然相互之间有所区别，但有一个共同点，就是核心内容都是指刑事诉讼中控、辩、审三方在诉讼中的法律地位和

相互之间的法律关系。审判模式是刑事诉讼模式的一部分，或者说是刑事诉讼模式在审判阶段的集中体现。所谓刑事审判模式，是指刑事审判程序中控、辩、审三方在审判程序中的诉讼地位和相互关系，以及与之相适应的审判程序组合方式。

基于不同的标准可能划分出刑事审判模式的不同类型。陈瑞华教授提出刑事审判模式主要由三个要素构成，这三个要素可以作为刑事审判模式的划分标准："一是刑事审判程序在历史上的来源与发展；二是体现刑事审判程序核心特征的诉讼控制分配情况；三是在刑事审判程序背后起着支配和制约作用的基础性价值观念和思想。"[①] 依此标准可将国外历史上的审判模式分为弹劾式审判和纠问式审判两类。前者是在刑事诉讼史上最初出现的刑事审判模式，后者是在中世纪欧洲出现的审判模式。现代世界各国的刑事审判模式大体上可分为当事人主义审判模式和职权主义审判模式两大类，前者主要存在于英美法系国家，后者主要为大陆法系国家所采用。两种审判模式各有长短，因此，一方面，两种审判模式之间互相取长补短，二者的明显区别正在逐渐消弭；另一方面，出现了兼收当事人主义和职权主义审判模式优点的混合式审判模式。

一、当事人主义审判模式

当事人主义审判模式，又称对抗式审判模式，是指刑事审判活动主要由控方的举证和辩方的反驳推动，法官（陪审团）居于中立而且被动的裁判者地位，控方和辩方平等地共同推动、控制审判进行的一种审判模式。刑事审判过程中当事人的积极性和法官的消极性是当事人主义审判模式最主要的特色。与职权主义审判模式相比较，当事人主义审判模式有三个基本的特征：

1. 法官消极中立。作为中立的裁判者，法官对案件事实的调查采取消极的态度，即不主动去查明案件事实。其态度的消极和地位的中立主要表现在两个方面：一是对案件事实进行裁判的法官在开庭审理前不接触案件的证据材料，起诉方起诉时不移送案件的卷宗材料，以免法官对案件事实产生预断；二是法官不主动出示证据、询问证人、调查事实，尤其是不参与证据的收集。法官在刑事审判中的作用主要是主持审判的进行，司掌控、辩双方举证、质证和进行辩论的规则，以保证法庭审判活动的依法进行。同时，根据双方提出的证据和自己对案件事实的庭审印象，对案件事实作出判断，并依据法律作出裁决。当事人主义的审判模式中，控、辩双方的对抗性非常明显，作为解决冲突的仲裁者的法官必须保持态度的消极和地位的中立，与控、辩双方保持同样的距离。法官的这种消极性和中立性增强了审判程序本身的形式公正性。

2. 控、辩双方的积极主动和平等对抗。在当事人主义审判模式下，法官的消

---

① 陈瑞华：《刑事审判原理论》，302页，北京，北京大学出版社，1997。

极被动必然意味着当事人的积极主动，法官的中立必然意味着当事人之间的平等和对抗。由于法官居于消极的仲裁者地位，因而法官主要通过当庭审查双方提供的证据、听取双方的证据辩论，运用自由裁量权对案件事实作出判断，同时，通过听取双方围绕法律适用展开的辩论，形成适用法律处理案件的结论，所以，控、辩双方当事人都会积极主动地举证、质证，积极地相互辩论，以自己积极的诉讼行为影响法官，使法官形成有利于自己一方的信念和判断，同时共同推动着审判的进行。在当事人主义审判模式下，当事人之间的平等对抗得到了充分的实现，表现为控方提出指控后，辩方享有并且总是充分地行使反驳的权利；控、辩双方都有权收集证据、提供证据，以证明自己的主张、反驳对方的主张；任何一方向法庭提供的证人都必须接受"交叉询问"，即举证方对证人进行主询问后，相对方都有反询问权，而且这种主询问和反询问的过程可以重复多次；双方都可以当庭反驳对方提出的任何一项事实主张，围绕案件事实和法律适用双方可以进行针锋相对的充分的辩论。控、辩双方的积极主动和平等对抗使审判程序充满了"诉讼竞赛"的气氛。

3. 控、辩双方对审判程序控制权的分享。尽管法官主持审判，总体上控制着整个审判程序的进行，但当事人主义审判模式下的控、辩双方对审判程序也分享着一定的控制权。这主要表现在两个方面：一是事实和证据的调查范围、深度取决于双方的态度和诉讼行为，只要不违反规则，法官不能主动干预。法官事先不会给控、辩双方以明确的指示，表明哪些事实必须查明、证明某个事实需有什么证据，一切悉由控、辩双方自己决定和处理。二是在实行辩诉交易的国家或地区如美国，控、辩双方可在庭前进行交易。达成协议后，法官通常会尊重双方的意思表示，开庭时只要查明了协议是在完全自愿并且没有误解的情况下达成的，就不再进行事实和证据的调查，而可径行量刑并作出判决。

二、职权主义审判模式

职权主义审判模式，又称"审问式"审判模式，是指以法官为中心，突出法官在审判程序中的主导和控制地位，限制控、辩双方积极性的审判模式。职权主义审判模式是大陆法系国家普遍采用的审判模式。与英美法系国家当事人主义审判模式不同，法官的中心地位和在事实、证据调查中的积极性，是职权主义审判模式的主要特色。职权主义审判模式也有三个基本特征：

1. 法官在刑事审判程序中居于中心地位，积极主导审判的进行。法官不仅仅是一个仲裁者，而且是一个积极的事实调查者。在职权主义审判模式中，"开庭审判程序，是一个检察院、辩护人和被告人对此享有一定参与权的法官调查程序"①。

---

① ［德］约・阿希姆・赫尔曼著，李昌珂译：《德国刑事诉讼法典》中译本引言，载《德国刑事诉讼法典》，北京，中国政法大学出版社，1995。

为了查明案件事实，法官可以而且有责任积极地行使调查权和审判决策、指挥权。法官的中心地位和主导作用主要表现在三个方面：一是公诉机关向法院提起诉讼时必须向法院随案移送案件的卷宗材料，以便法官开庭前对案件事实有初步的了解和制订庭审计划；二是法官可以主动收集证据，主动审问被告人，主动询问被害人、证人、鉴定人，主动出示并核实证据；三是案件的审理范围、审理方式、证人出庭、进程安排等等均由法官决定。

2. 控、辩双方的积极性受到抑制，在法庭审判中处于消极、被动的地位。公诉机关将案件材料和证据移送给法院以后，公诉人出庭支持公诉只是当庭陈述公诉主张而已，并不需要主动向辩方出击；而被告人在庭审中也主要是法官的审问对象，只要他放弃沉默权，他的主要义务便是回答法官的讯问。控、辩双方基于自己一方诉讼利益的需要向诉讼参与人发问或出示某项证据，必须在法官讯问和示证结束之后，而且要先征得法官的同意。在整个事实与证据的调查过程中，控、辩双方都处在协助法官查明案件事实真相的被动、辅助、补充的地位，而不是处于平等、积极的对抗状态，因而在审判程序中很难发挥其诉讼积极性，也很难对诉讼结果起多大的作用。

3. 法官完全掌握程序控制权。尽管职权主义审判模式也重视并保障检察官和辩护人、被告人对法庭审判程序的参与权，但他们终究只是参与法官的调查程序而已，作为参与者的被动角色决定了他们并不分享程序的控制权。在审判程序中，控、辩双方不仅要遵守法律的规则，也要服从法官的安排和指挥。庭审通常按法官事先制订的计划进行，而法官如果认为有必要，又可临时改变事先确定的案件事实和证据的调查范围。而控方或辩方试图调取新的证据、提供新的证人出庭或重新勘验、鉴定，等等，都只能向法官提出申请，法官有权依法拒绝申请。法官对程序控制权的独占在德国刑事诉讼中还表现为裁判是否开始审判的程序。① 法官在审判程序开始前可以先对控方提供的案件材料和证据进行实体审查，根据控方提供的材料是否证明被告人有足够的犯罪行为嫌疑，作出开始或拒绝开始审判程序的决定。

三、混合式审判模式

某个著名的比较法学者的说法颇具启发性，他说：如果他是无罪的，他宁愿在大陆法系国家受审；如果他是有罪的，他则更希望在普通法法院受审。

——【美】约翰·亨利·梅利曼

从前面对当事人主义审判模式和职权主义审判模式的阐述可见，两种典型的审判模式各有利弊。当事人主义审判模式充分体现审判程序的民主性，能够充分

---

① 参见《德国刑事诉讼法典》第四章。

发挥控、辩双方的积极性，程序公正性的特征比较明显。但是，法官的过分消极、被动和控、辩双方对审判程序的较大的控制权，又难免造成审判效率和发现案件实体真实方面效率的降低。职权主义审判模式中法官积极主动的作用和对审判程序的有效控制，总的说来，有利于案件实体真实的发现，而且审判效率肯定高于当事人主义审判模式的审判效率。但是，职权主义审判模式使法官的中立、公正形象受到损害，法官与检察官的职能发生模糊混合，并且由此容易导致法官对辩护方产生偏见。正是由于这两种审判模式都有优点和缺点，第二次世界大战后两大法系出现了互相借鉴、吸收的改革趋势。英美法系国家在当事人主义审判模式中开始强化法官对审判程序的控制作用，不再完全放任控、辩双方的诉讼竞技对审判程序的主导；大陆法系国家则通过立法加强了诉讼程序中对被告人的人权保障，比如赋予被告人沉默权，允许庭审中控、辩双方的交叉询问，等等。如今，纯粹的当事人主义审判模式或纯粹的职权主义审判模式已经不复存在。

由于一国的审判模式受其历史传统和法律文化传统的影响很大，故而尽管两种审判模式互相学习、借鉴，取长补短，但并没有消灭两种审判模式的区别。当事人主义审判模式和职权主义审判模式依然保持了自己最主要的程序特征。此外，世界范围内的司法改革也的确导致了一种与典型的当事人主义审判模式和典型的职权主义审判模式有很大区别的混合式审判模式的产生。所谓混合式审判模式，严格地说，并不是一种独立的全新的审判模式，而是指充分吸收当事人主义审判模式和职权主义审判模式的长处，使两种审判模式高度融合的一种审判模式。即使在这样一种高度混合的审判模式中，还是可以看出其中更多地体现了当事人主义审判模式或职权主义审判模式的一些程序特征。

采用混合式审判模式的国家并不多，一般认为，日本和意大利的审判模式是较为典型的混合式审判模式。日本明治维新以后的刑事诉讼法受法国和德国的刑事诉讼法的影响较大，审判模式以职权主义为主要特点。第二次世界大战后，美国对日本的占领，使得美国的法律制度对日本法制的建设施加了巨大的影响。从1948年重新制定《刑事诉讼法》开始至20世纪50年代末，日本的刑事审判模式完成了从以职权主义为主到以当事人主义为主的转型，但又与美国刑事审判模式不完全相同而保持了自己的特色。在这样一种经过改革混合而形成的审判模式中，日本吸收了英美法系的对抗制，被告人享有沉默权，实行起诉状一本主义，法官在庭审前不得接触控方的除起诉状以外的诉讼资料，证据由控、辩双方当庭提出，证人主要由双方传唤和当庭询问，法庭调查实行交叉询问程序，这些都是当事人主义审判模式的内容。但与英美法系当事人主义审判模式不同的是，在这样一种审判模式中，法官仍然主导着审判程序并在事实与证据调查中起积极的作用。为了查明事实真相，法官可以依职权自行扩大证据调查范围，主动调查并提出证据，有权主动询问证人、鉴定人，有权对控、辩双方提出的调查证据的请求进行审查并有权不予准许；而且，日本也没有实行由陪审团裁决事实的制度。

意大利的情况与日本基本相同。历史上，意大利的刑事诉讼具有浓厚的职权主义色彩，尤其是在纳粹政权时期制定的1930年《刑事诉讼法》将国家职权主义推向极致。在这样的审判模式中，法官完全控制着审判程序，被告人的诉讼权利极其有限而且流于形式。第二次世界大战后，意大利的刑事司法制度不断改革，但直至1988年重新制定的《刑事诉讼法典》才得以出台。基于新的刑事诉讼法形成的刑事审判模式与日本的刑事审判模式相似，大量采用英美法系当事人主义审判模式的内容，比如，规定了控、辩双方对证人、鉴定人实行交叉询问的程序；赋予被告人沉默权，规定如果被告人放弃沉默权便可以作为证人接受控、辩双方的交叉询问；放弃了原有的卷宗移送主义，而采取有限的诉讼资料移送制度，等等。但与日本一样，意大利的刑事审判模式并没有完全移植当事人主义的内容，其中依然保留着职权主义的一些重要特征，突出表现在法官在证据和事实调查中仍然处于主动的地位，例如，庭审过程中，法官可以驳回当事人提出的要求进行证据调查的申请；在控、辩双方主导的交叉询问中，可以向当事人提出新的问题；可以向证人、鉴定人发问；可以依当事人的申请或依职权决定将某一专门性问题提交鉴定；在法庭调查结束后，如果认为有必要，法官还可以决定调取新的证据材料。可见，意大利的刑事审判模式中虽然加进了当事人主义审判模式的许多重要内容，但法官并没有成为一个消极的仲裁者，而依然是一个积极地调查事实和证据并主导审判的程序控制者。

四、我国的刑事审判模式

我国的刑事审判制度虽然与大陆法系没有直接的渊源，但以1979年《刑事诉讼法》为依据形成的刑事审判模式同样体现了典型的职权主义特点。这一方面是因为从我国古代开始一直实行纠问式的诉讼模式，司法程序缺乏民主性和当事人缺乏主体地位已成传统；另一方面是因为新中国的刑事诉讼制度直接参照了苏联的模式，基本上依苏联的模式构建了我国的刑事审判制度，而苏联的审判模式在历史上与大陆法系的职权主义有着密切的联系，同时，与大陆法系的审判模式并无本质的不同。

1996年《刑事诉讼法》颁布以前，我国传统的职权主义审判模式集中反映在以下四个方面：

1. 法官完全主导和控制刑事审判程序。法官在开庭前就要对案件进行实质性的调查，以决定是开庭审判还是将案件退回公诉机关补充侦查。在决定开庭的情况下，由法官事先确定事实和证据的调查范围、顺序、方式。法庭审理结束后，法官如果认为有必要，有权主动调查新的证据，有权决定再次开庭。在法官的主导和控制下，控、辩双方事实上都处于消极、被动的地位，除了按照法官的庭审安排完成要实施的诉讼行为外，对法庭审判程序的进行无法产生影响。双方提出任何一项请求，都要由法官经审查后作出裁定或决定。

2. 审判程序以法官积极主动的事实调查和证据调查为中心。法官以查明案件事实真相为主要职责，因而从受理起诉开始，法官便投入了积极主动的调查过程。开庭前法官除了详细阅读控方移送的全部卷宗材料以外，还必须讯问被告人。如果认为事实不清、证据不足，还可以退回补充侦查。为了查明案件事实，法庭调查以法官主动出示证据，亲自询问证人、被害人和审问被告人为主；为了查明事实、核实证据，法官可以主动去收集证据。庭审结束后，如果案件事实仍然不清、证据仍然不足，法官可以对疑罪案件不作有罪或者无罪的宣告，等待事实查清和证据充分后再行处理。在整个审判程序中，一切的设置、安排都服从于法官查明案件事实的需要。

3. 被告人诉讼主体地位虚化，在审判程序中成为法官审问的对象。虽然刑事诉讼法也规定了被告人的若干诉讼权利，但在审判程序中，被告人实际上成为法官的审问对象，负有回答法官提问、配合法庭查明案件事实真相的义务。如果被告人能够配合法庭，如实交代法官开庭前就已经在主观上确信的事实，法官有权以酌情从轻判处作为奖励，反之，则以酌情从重处罚作为对不履行配合义务的惩罚。

4. 法官的职能与检察官的职能模糊，法官替代检察官行使控诉职能。由于法官积极履行查明案件事实并提供相应证据的职责，特别是由于刑事诉讼法规定了开庭的前提是法官认为案件事实清楚，证据确实、充分，所以，一旦决定开庭审判，法官便更多地充当了公诉人的角色，事实上履行着控诉犯罪、证实犯罪的职能。相反，公诉人在法庭上没有对抗的压力，只是静等法官的有罪判决。在这样一种审判模式下，法官与检察官实质上站在同一方，共同对付着被告人和辩护人。

传统的强职权主义审判模式存在着严重的弊端，因此，1996 年修订的《刑事诉讼法》对原有的审判模式进行了重大的改革。立法的改革和司法实践中正在进行的改革，“主要吸收了英美法系当事人主义的对抗性因素，并适当保留了原职权主义的某些特征，形成了以职权主义为主、当事人主义为辅的混合式审判模式”①。我国刑事审判模式的当事人主义改革主要体现在以下几个方面：

1. 法官的庭前审查由实质性审查改为程序性审查，开庭前公诉机关不再向法院移送全部卷宗材料，而只移送主要证据的复印件或照片以及证据目录、证人名单。只要符合程序要件，法官必须开始审判程序。

2. 强化了控方的举证责任，弱化了法官对事实与证据的调查功能。控、辩双方的证据都必须当庭由自己向法庭出示，而不再由法官出示；证人由控、辩双方分别首先询问，然后才可以由法官询问；法官在法庭上不再主动调查事实和证据，将由法官对被告人的审问作为庭审调查的开始改为由公诉人开始对被告人进行讯

---

① 刘家琛、郝银钟主编：《刑事审判学》，110 页，北京，群众出版社，2002。

问；除非核实证据的必要和辩护方提出了理由正当的证据调查申请，法官一般不再主动收集证据，法官也不再对查明案件事实负实质性的责任；如果庭审后案件事实不清、证据不足，法官只能作出证据不足、指控的罪名不能成立的无罪判决，而不能将案件主动退回补充侦查或主动去收集、补充新的证据。这些改革增强了法官的中立性。

3. 扩大了辩护方的权利，增强了庭审的对抗性。表现在辩护方有权自己收集和当庭提出证据，控、辩双方可以在举证、质证阶段就进行辩论，控、辩双方的积极活动对审判程序和裁判结果的影响有所增强。

上述改革反映了我国现行的刑事审判模式具有当事人主义的特征，因而有些学者将其称为"控辩式"审判模式。但是，这些改革还只是初步的，只是弱化了强职权主义而已，我国现行刑事审判模式中的职权主义仍然相当严重，刑事审判程序中的平等对抗机制还没有完全形成。因此，刑事审判程序和审判方式的改革还需继续深化。

第三节　刑事审判的原则

刑事审判制度的确立、刑事审判程序的设置和刑事审判活动必须遵循一定的原则，这些原则被称为刑事审判的原则。刑事审判应当遵循哪些原则，学者的认识并不完全一致。例如：樊崇义教授主编的《刑事诉讼法学》（修订本）列出了审判公开原则，直接、言词原则，辩论原则，参与和陪审原则，集中审理原则五项。[①] 陈光中教授、徐静村教授主编的《刑事诉讼法学》（修订 2 版）则认为刑事审判的原则包括陪审原则、直接言词原则、辩论原则、集中审理原则四项。[②] 而陈瑞华教授阐述的刑事审判基本原则的体系中包含了相当丰富的内容，认为我国刑事审判原则体系中除了保留应当保留的原则以外，还应着重吸收和确立四大部分基本原则：一是作为现代刑事诉讼制度基本的无罪推定原则；二是调节和规范现代法院组织和结构的基本原则，包括审判独立原则、合议原则、非职业审判人员参与行使审判权原则、法官排除预断和偏见原则；三是规范刑事审判程序启动、运作和终结全过程的基本原则，包括直接和言词原则、审判公开原则、不告不理原则、辩护原则、一事不再理原则；四是确保刑事审判中诉讼职能区分与制衡的基本原则，包括控审分离原则、控辩双方平等对抗原则、辩护律师地位独立原则。[③]

---

① 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学》（修订版），325～335 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

② 参见陈光中、徐静村主编：《刑事诉讼法学》，修订 2 版，266～269 页，北京，中国政法大学出版社，2002。

③ 参见陈瑞华：《刑事审判原理论》，145 页，北京，北京大学出版社，1997。

审判原则除了指导审判活动，为审判活动指明方向和规范性路径以外，对刑事审判制度的确立、审判程序的设置同样具有指导作用。换言之，立法者和审判机关、审判人员都应当遵循这些原则。正确理解刑事审判的原则需要注意三点：第一，把原则与规则区别开来。原则与规则都是对人或组织提出的行为要求，“但是，在遵守规则和依照原则行事之间有一个重要区别。遵守规则者对于要做什么毫无自由裁量权。规则告诉他要做的一切。他必须信守诺言，不得超速行驶，必须服从地方消防管理。依据原则行事者具有自由裁量权。原则虽然设定一项要求，但并没有告诉他如何满足此项要求。他必须自行决定”[①]。规则是原则的体现和贯彻，规则具有更强的规范性和直接的约束性，而原则具有指导性。因而，刑事审判的原则与刑事审判活动应当遵守的具体规则在作用的范围和形式上有所区别。第二，注意将刑事审判原则与刑事诉讼原则加以区别。整个刑事诉讼必须遵循的基本原则当然也是刑事审判所必须遵循的原则，但这是个普遍性与特殊性的问题，我们认识和研究刑事审判原则，主要的是认识和研究刑事审判阶段所特有的原则，否则，无法抓住刑事审判这一特殊事物的特殊本质。第三，刑事审判原则是适用于所有刑事审判活动的普遍性原则，在刑事审判领域里属于基本原则。

基于刑事审判的民主性、科学性、公正性要求，刑事审判应当遵循的基本原则确实是一个内容丰富的体系。这里不讨论所有应当遵循的审判原则，而只是研究现代世界各国刑事审判领域所普遍遵循，而且同样适合于我国的一些共同原则。

一、审判公开原则

（一）审判公开原则的含义

作为刑事审判的一项基本原则，审判公开是指法院审判刑事案件的活动，除法庭评议秘密进行和法律另有特别规定的以外，一律公开进行，允许公民旁听审判，允许记者采访、报道。审判公开是一项民主的审判原则，已为现代各国立法所普遍采用，而且联合国《世界人权宣言》和《公民权利和政治权利国际公约》也予以确认，从而已经成为国际性的刑事司法准则。我国 1979 年制定和 1996 年修订的《刑事诉讼法》也都明确规定了这一基本原则。2007 年最高人民法院又公布了《关于加强人民法院审判公开工作的若干意见》，将落实审判公开作为建设公正、高效、权威的社会主义司法制度的重要措施，进一步强调全面落实审判公开原则。现行《刑事诉讼法》第 11 条规定：“人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。”

就公开的内容而言，审判公开包括案件审理过程公开和审判结果公开，也可以说审理公开和宣判公开。审理过程公开就是要公开开庭，当庭调查事实和证据，

---

① ［英］A. J. M. 米尔恩：《人的权利与人的多样性》，23 页，北京，中国大百科全书出版社，1995。

当庭进行辩论；审判结果公开就是要公开宣告判决，并通过裁判文书公开裁判的过程、结果、理由和依据。此外，审判公开还包括根据审判工作的需要，公开与保护当事人权利有关的刑事审判工作各重要环节的有效信息。

就公开的对象而言，审判公开包括向当事人公开和向社会公开。向当事人公开要求法庭开庭审理而不得进行书面审理，对案件事实与证据的调查应当在当事人的参加下进行。向社会公开就是允许公民在场旁听审判过程，允许记者向社会公开报道审判活动和审判结果。

（二）审判公开原则的意义

根据正直的常识可以看出，审判公开是正当的、正确的。反对这一点的重大理由无非在于，法官大人们的身份是高贵的；他们不愿意公开露面，并把自身看作是法的宝藏，非局外人所得问津。但是，公民对法的信任应属于法的一部，正是这一方面才要求审判必须公开。公开的权利的根据在于：首先，法院的目的是法，作为一种普遍性，它就应当让普遍的人闻悉其事；其次，通过审判公开，公民才能信服法院的判决正确表达了法。

——【德】黑格尔

审判公开是现代司法文明的重要内容和基本特征，是现代政治文明的具体体现，也是实现司法公正的必然要求。审判公开原则的重要意义主要体现在三个方面：

首先，审判公开将审判活动置于当事人和社会的监督之下，有利于保证刑事审判的质量，保障审判的公正性。当事人和社会的公开监督可以促使法院严格遵守法定程序，认真贯彻各项审判制度，尊重和保障诉讼参与人的诉讼权利，准确、严格地适用法律，作出合法、公正的裁判。

其次，审判公开有利于增强刑事司法的公信力和司法的权威性。审判公开增强了刑事司法的透明度，并且将刑事审判过程和审判结果置于当事人和公众的监督之下，不仅有助于防止司法腐败和司法权的滥用或专断行使，而且有利于促进当事人和公众对国家刑事司法活动的认同、信任和尊重，从而提升刑事司法的公信力，增加刑事司法的权威性。

最后，审判公开有利于宣传法制，增强民众的民主法制意识。审判公开，公民有权旁听审判，记者可以报道审判，这也是让公民参与司法过程的一种形式。通过这种形式可以培育公众的民主意识，增强公众民主参与的积极性。同时，审判公开使审判过程成为教育当事人和教育公众增强法制观念的重要形式。通过从审判过程中获得信息，当事人和公众可以丰富法律意识，增强权利意识和义务观念，提高同犯罪作斗争的自觉性和积极性。

（三）审判公开原则的适用

审判公开是一项基本原则，通常情况下都必须做到审判公开。但这一原则不

是绝对的，也有例外。为了更重要的利益，防止因公开审判造成对当事人的合法权益的损害，也为了保障独立与公正审判的实现，各国法律都规定了对审判公开原则限制适用的特别情形。这种限制主要表现在两个方面：一是审判程序中的法庭评议不公开；二是规定对部分案件不得公开审理。我国刑事诉讼法对审判公开原则适用的限制性规定与国外的规定基本上相同。根据我国《刑事诉讼法》第 152 条的规定和有关的司法解释，审判公开原则的正确适用必须注意以下几点：

1. 涉及国家秘密的案件不公开审理。国家秘密事关国家的安全和人民的重大利益，公开审理难免泄露国家秘密，给国家和人民造成严重的损失。哪些事项属于国家秘密，需由国家保密法律法规等规范性文件确定。

2. 涉及个人隐私的案件不公开审理。公民的隐私权是其合法权益的一部分，有的案件在事实和证据方面涉及公民的隐私，公开审判可能造成公民（被害人、证人或其他公民）的隐私权受到侵害。不公开审理体现了对公民的隐私权的尊重和保护，同时，在有些场合也是为了避免造成不良的社会影响或其他后果。

3. 未成年人犯罪案件不公开审理。未成年人的心理尚未发育成熟，社会化过程还没有完成，公开审判容易造成对未成年当事人不良的心理影响，破坏其健康成长的社会环境，不利于未成年人日后的身心健康和对其进行教育、改造、转化。因此，着眼于保护未成年人的利益，未成年人案件不公开审理成为一般原则。根据我国刑事诉讼法的规定，已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人犯罪案件，一律不公开审理；已满 16 周岁不满 18 周岁的未成年人犯罪案件，一般也不公开审理。

4. 涉及商业秘密的案件不公开审理。商业秘密是当事人的合法权益，受法律保护，审判公开原则的实行不能造成对他人商业秘密的侵害。因此，根据有关司法解释的规定，如果当事人提出了不公开审理的申请，并且案件的审理确实将涉及商业秘密，那么，这类案件也应当不公开审理。

5. 所有案件无论是否公开审理，一律公开宣判。

6. 死刑复核程序实行书面审理，审理程序不公开。

7. 第二审案件同样应当遵循审判公开原则，实行公开审判。但是，对于当事人提起上诉的案件，经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见后，合议庭认定的事实与一审认定的事实没有变化，证据充分的，也可以不开庭审理。不过，一审判处被告人死刑的上诉或抗诉案件，第二审法院都应当开庭审理。

8. 在任何刑事案件的审判程序中，合议庭和审判委员会评议、讨论、决定案件的过程秘密进行，不得公开。评议环节的不公开是各国通例，其目的主要是维护审判的独立性，保障审判的公正性，增强判决的权威性。

另外，公开审理的案件，如果在审理中发现了应当不公开审理的情形，应立即转为不公开审理。任何不公开审理的案件，都应当当庭宣布不公开审理的理由。

二、直接、言词原则

（一）直接、言词原则的含义

直接、言词原则，是指审理案件的法官必须在法庭上亲自听取当事人、证人及其他诉讼参与人的口头陈述，对于案件事实和证据必须由控、辩双方当庭口头提出并以口头辩论和质证的方式进行调查。直接、言词原则是直接原则和言词原则的合称，因二者均以有关的诉讼主体出席法庭为先决条件，不可分割，理论上习惯将直接原则与言词原则并称直接、言词原则。当然，我们也可以将直接和言词视为同一原则的两个部分。

所谓直接原则，强调的是审理案件的法官必须与有关的诉讼主体和诉讼参与人直接接触，与有关案件事实的材料和证据在法庭上直接接触。直接原则又可分为直接审理原则和直接采证原则两部分。前者的含义是法官审理案件时，公诉人、当事人及其他诉讼参与人应当在场，除法律另有特别规定外，如果上述人员不在场，不得进行法庭审理，否则，审判活动无效。从这一意义上，直接审理原则也可理解为在场原则。直接采证原则是指法官对证据的调查必须亲自进行，不能由他人代为实施，而且必须当庭直接听证和直接查证，不得将未经当庭亲自听证和查证的证据加以采纳，不得以书面审查方式采信证据。

所谓言词原则，又称言词审理原则，强调的是法庭审理的方式，如无法律特别规定的情形，一律以口头陈述的方式进行，包括控、辩双方要以口头进行陈述、举证和辩论，证人、鉴定人要口头作证或陈述，法官要以口头的形式进行讯问、调查。除非法律有特别规定，凡是未经口头调查之证据，不得作为定案的依据采纳。

（二）直接、言词原则的意义

直接、言词原则在英美法系国家当事人主义审判模式下得到了全面的贯彻，因为这种模式下法官只有通过直接听取控、辩双方当庭的陈述和辩论才能对证据和案件事实作出判断。大陆法系国家虽然不能像英美法系国家那样奉行严格的直接、言词原则，但以之为一般原则，也要求被告人亲自到庭参加诉讼、证人到庭接受询问。直接、言词原则对于实现刑事审判的公正性有着重要的意义。

首先，直接、言词原则有利于实现程序公正。当事人直接参与法庭审理，其他诉讼参与人亲自到庭，保障了当事人和其他诉讼参与人的审判参与权，体现了刑事司法的民主性。法官亲临法庭，直接听取控、辩双方的口头陈述和辩论，亲自直接参加对各种事实和证据的调查，使审判活动更加公开、透明，审判能够真正置于当事人和社会的监督之下，从而使法律规定的各项民主、公正的审判制度、原则和程序得到真正的贯彻，使控、辩双方能够平等地行使举证、质证和辩论的权利，保障审判程序的公正性。

其次，直接、言词原则有利于保障实体公正。实体公正意味着法官对案件事

实的认定最大限度地接近实体真实，根据查明的事实适用法律，定罪准确，量刑恰当，而要做到这一点，法官就必须直接听取控、辩双方的陈述和辩论，当庭参加对各个事实和各种证据的调查。只有充分发挥当事人和诉讼参与人的庭审积极性，只有使各种证据当庭向审判法官口头提供，并经当庭质证和辩论，法官才能更好地对事实和证据作出准确的判断，形成可靠的心证，最终作出公正的裁判。

最后，直接、言词原则也有利于提高审判的效率。控、辩双方的主张和意见当庭表达，所有证据当庭提出，当庭质证、审查，诉讼参与人同时出庭接受当庭询问，有利于及时查明案情、消除疑问、确认证据、认定事实，从而也就有利于法官及时审结案件，防止久拖不决。

（三）直接、言词原则的适用

我国法律上虽然没有明确规定直接、言词原则，但刑事诉讼法关于第一审程序和第二审程序的有关通知证人、鉴定人出庭的规定，关于控、辩双方和被害人当庭质证的规定，关于公诉人、被害人、被告人、辩护人经审判长许可可以直接向证人、鉴定人发问的规定，以及控、辩双方当庭进行辩论和被告人有权进行最后陈述的规定，等等，都体现了审理的直接性和言词性原则。依据刑事诉讼法的规定，贯彻直接、言词原则，人民法院和法官必须注意以下几个方面的问题：

1. 及时通知有关人员出庭。法院应将开庭的时间、地点在开庭 3 日以前通知人民检察院，于开庭 3 日以前以传票形式传唤被告人出庭，于开庭 3 日以前将通知辩护人、当事人的法定代理人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人、翻译人员出庭的通知书送达。及时送达传票和通知书，旨在保证上述人员按时到庭。

2. 开庭审理过程中，合议庭的审判人员必须始终在庭，参加庭审的全过程。

3. 所有证据包括法庭依当事人申请或依职权收集的证据，都必须当庭出示、当庭质证。证人出庭作证应作为一般原则，以先前的证言笔录代替出庭作证只能作为这一原则的例外。

4. 保证控、辩双方有充分的陈述和辩论的机会和时间。

5. 依法可以不开庭审理的第二审案件，合议庭也要直接讯问被告人，直接听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见。

直接、言词原则在按普通程序审理案件的过程中应当严格遵循，但按简易程序审理的案件可以例外。因为简易程序的价值就在于提高审判的效率，如果完全按直接、言词原则的要求进行举证、质证和辩论，就不再具有简易的特点和快捷的效果。

三、辩论原则

（一）辩论原则的含义

辩论原则，是指法庭应当保障控、辩双方有平等、公开、充分的辩论机会，裁判的作出应以充分的辩论为必经程序。辩论原则主要包含以下几个方面的内容：

1. 辩论的主体是控、辩双方和其他当事人。刑事审判中处于对抗地位的是控诉方和辩护方、附带民事诉讼的原告方和被告方，他们都享有进行辩论的权利。

2. 辩论的内容是事实问题和法律适用问题。从辩论涉及内容的法律性质分，辩论的内容包括实体问题和程序问题。围绕案件实体事实和程序事实的辩论主要针对证据能力和证据的证明力以及证据的充分性展开，因而关于事实的辩论实际上就是证据辩论。除了事实和证据问题以外，实体法和程序法的适用问题也是辩论的内容。

3. 辩论的时间和形式。辩论主要在法庭审理的辩论阶段集中进行，但在法庭调查过程中也可以进行辩论。控、辩双方对某个事实情节特别是某项证据的证据能力或证明能力可以在质证时进行辩论。辩论原则所要求的辩论形式是口头形式，因为口头辩论是直接、言词原则的必然要求，而且口头辩论更有明确的针对性，能使庭审法官直接听取控、辩双方的辩论意见后形成正确的心证。法庭辩论阶段的口头辩论以控方首先发言开始，然后辩方进行反驳性发言，继而双方相互辩论。

（二）辩论原则的意义

确立和贯彻辩论原则，其重要意义主要有三点：

1. 充分体现审判程序的民主性。刑事审判程序的民主性主要体现为当事人特别是被告人的程序参与性。而当事人程序参与的目的主要是表达自己的意见和意愿，维护自己的合法权益，辩论则是当事人充分表达自己意见和意愿的主要和重要的形式。

2. 保障被告人辩护权的实现。尽管辩护权贯穿于整个刑事诉讼过程之中，但审判前阶段上被指控者的辩护缺乏有效的形式和手段，而且侦查的秘密性使辩护权难以得到有效的保障。因此，法庭辩论成为被告人辩护权的主要实现形式。辩论原则保障被告人及其辩护人能够充分地表达辩护意见，而且只有通过公开、平等的法庭辩论，被告人及其辩护人的辩护意见才可能对诉讼的结局产生积极的影响。

3. 有利于法官正确认定事实和证据，正确适用法律，作出公正、正确的判决。通过法庭充分的辩论，法官可以充分听取关于案件事实和法律适用的不同意见，消除可能已经形成的关于定罪量刑的某种预断或偏见。

（三）辩论原则在我国的适用

我国刑事诉讼法将法庭辩论作为一道必经程序加以明确规定，因而辩论在我国也是一项审判的基本原则。正确适用辩论原则需要明确三点：

1. 除了在法庭调查结束后控、辩双方集中进行辩论以外，在法庭调查过程中，控、辩双方可以随时围绕某一证据的合法性、相关性和客观性问题进行辩论，不能把辩论仅仅理解为法庭调查结束后辩论阶段的集中辩论。

2. 在我国，控方享有辩论权的主体是公诉人、自诉人及其代理人。公诉案件中的被害人属于当事人，居于支持控诉的地位，也属于控诉方，同样应当享有辩

论的权利。根据《高法解释》第161条的规定，被害人及其诉讼代理人均可参加法庭辩论，其辩论发言的顺序在公诉人之后。因此，法庭辩论中当事人都享有辩论权利，法庭应当依法平等地保障各方的辩论权。

3. 平等地给予辩论各方充分的辩论机会。法庭应当引导诉讼各方围绕案件争议焦点进行辩论，制止就无关问题的辩论。在辩论过程中应当给予对立的双方同样的辩论机会，不能有意无意地限制其中一方的辩论发言。同时，要给予辩论双方相对充分的辩论机会，既要让各方充分地表达和论证自己对事实、证据与法律适用的意见，又要让各方能够对对方的主张和理由进行充分的辩驳。

四、陪审原则

法律所要求于审判之人者，乃系一对于人的生活实况、复杂微妙的现实社会，曾亲加探究，即一知悉人情义理、能理解他人之烦恼与痛苦之人，亦即拥有素朴的庶民感情之人，如此始能了解何谓公平与正义，并据而作出深具说服力的裁判；而此所谓素朴的庶民情感，与其曾否受过专业之法律训练无关。

——【德】拉德布鲁赫

（一）陪审原则的含义

陪审原则，是指由普通公民担任非职业法官，参与法庭对案件的审判的原则。

参与法院审判工作的非职业法官就是从普通公民中产生的陪审法官或曰陪审员。世界各国法律普遍确立了陪审原则，但依据陪审原则建立起来的陪审制度有不同的形式。根据陪审人员在审判案件过程中的分工或权利范围的不同，普通公民作为陪审法官参加刑事案件审判工作的形式可以分为两种：（1）由陪审法官组成陪审团。英美法系国家大多采取这种形式。例如在美国，根据《美国联邦法院规则》的规定，刑事案件无论由联邦法院审判还是由州法院审判，只要有可能被判处6个月以上的监禁，被告人就享受到陪审团审判的权利，但他也可以放弃这一权利。其陪审团一般由12人组成，也有些州的陪审团人数为6人。通常事先由法院从当地选区的选民中随机挑出候审陪审员，正式开庭时被告人、律师、检察官都有权申请陪审员回避。由6人或12人组成的陪审团自始至终在庭听取案件审理过程，但不主持，也不参与法庭调查。法庭审理结束后，陪审团独立进行秘密评议，对事实和证据进行评议，最后以表决形式对被告人作出被指控的犯罪是否成立的判决，但无权决定量刑问题。（2）由陪审法官与职业法官共同组成合议庭进行审判。大陆法系国家通常采用这种陪审形式。在参与审判的过程中，陪审法官与职业法官行使同样的权利，共同决定对被告人的定罪和量刑问题。由于陪审法官并无独立的定罪权，而是参与职业法官的审判活动，故而也有学者将这样一种陪审制称为参审制。

（二）我国法律上的陪审原则

陪审成为普遍采用的原则，其主要意义在于体现了刑事司法的民主性，是人

民参与国家管理的一种重要形式。我国也一直实行陪审制度，其形式与德国、法国的参审制类似。根据 1979 年《刑事诉讼法》和《人民法院组织法》的规定，人民法院审判第一审刑事案件，除轻微案件或法律另有规定的以外，都由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。鉴于普遍实行人民陪审员参审制在实际执行中存在诸多困难，有关法律对人民陪审原则采取了较为灵活的弹性规定。1996 年修订的《刑事诉讼法》将陪审的内容修改为："基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。"人民陪审作为一项体现司法民主的审判原则这一点不会改变，但我国的人民陪审制度还需要结合我国国情在实践中改革和完善。2004 年 4 月，全国人大常委会颁布了《关于完善人民陪审员制度的决定》，对人民陪审员的任职条件、任免程序、参与审判的案件范围等作了具体、明确的规定，使人民陪审员制度有了新的发展。

五、集中审理原则

1. 集中审理原则的含义

集中审理原则，是指法庭对刑事案件的审理原则上应当持续进行，除了必要的休息时间以外，不得中断审理。

集中审理原则的主要含义是指庭审活动的不间断性。一个案件的开庭审理活动开始以后，应连续进行，中间除必要的休息时间以外，不得间断审理活动。除此含义之外，有些学者认为还应包括审理的集中性，即刑事案件的整个审判过程以庭审为中心，所有案件事实与证据的提出、调查、认定，控、辩双方观点和意见的提出，法庭适用法律作出裁判等主要活动，都应在庭审过程中完成，不得分散进行。①

按照集中审理原则，有关事实、证据和适用法律的实质性审理活动都应该在开庭审理中进行和完成。一旦开庭，就必须连续进行。如果开庭审理需要两天或两天以上的时间，则除了节、假日以外，中间不得有以日为单位的间隔。在一个案件的开庭审理完成之前，法官不能中断已经开始庭审的案件而另外再开始审理一个新的案件。

2. 集中审理原则的意义

集中审理原则主要有三方面的意义：

（1）有利于法官通过连续的庭审活动形成对案件事实和证据的清晰、完整的

---

① 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学》（修订版），334 页，北京，中国政法大学出版社，1999。

印象，保证其思维和心证形成过程的连贯性、系统性、完整性。

（2）有利于法官免受庭外各种因素对审判活动的不正当干扰，防止法官因受到干扰而对案件产生预断或偏见，保证法官自始至终坚持客观、公正、准确地审理案件，以便最终作出公正的裁判。

（3）保证及时审结案件，提高审判效率。此外，集中审理，及时结案，可以缩短被告人在案件审结前的羁押，减轻因诉讼期间的羁押对被告人的权利造成的损害。联合国《公民权利和政治权利国际公约》将获得迅速审判作为犯罪嫌疑人、被告人的一项权利，也说明了集中审理是保障被告人合法权益的需要。

3. 集中审理原则在法律上的体现

集中审理原则并没有像公开审判那样为各国所普遍确认。在英美法系国家，刑事审判较多地采用陪审团审判，加之严格遵循直接、言词原则，因而集中审理成为一种必然要求。大陆法系国家并不像英美国家那样严格要求集中审理，但立法也体现了这一要求。例如《德国刑事诉讼法典》第226条规定："审判是在被召集作裁判人员、检察院和法院书记处一名书记员不间断地在场情形下进行。"《法国刑事诉讼法典》第307条规定："法庭审理不得中断，应当连续进行直到重罪法庭作出判决，案件终结为止；在法官和被告人必要的用餐时间内，审理可以暂停。"

我国刑事诉讼法上明确规定了审理期限，但没有对审理的不间断性作出明确要求。实践中一般能做到庭审过程的连续性，但因为一时难以作出判决等原因而中断开庭的情形也很常见，而且中断时间没有限制，只要整个案件不超过审理期限，就认为符合法定程序。从集中审理原则所具有的功能和意义看，有必要对审理的中断作出必要的限制性规定。

第四节　审级制度

一、审级制度的概念和意义

一个国家审判机关的层级体系怎样设置，一个案件经过几级审判机关的审判便告终结，就是审级制度问题。审级问题是司法体制中的一个基本问题。国家以宪法和法律的形式对审级问题加以明确规定，便形成了特定的审级制度。因此，所谓审级制度，就是宪法和法律规定的审判机关的级别以及案件可以经过几级法院的审判才告终结的制度。

实行审级制度的根本目的是确保审理和裁判的准确性、公正性，增强审判的权威性。尽管各国的审级制度并不相同，在联邦制国家存在两套司法体系的情况下审级制度甚至有一定的复杂性，但实行审级制度的意义基本上是相同的。

1. 实现各级法院的合理分工，保证审判的准确性和公正性。实行审级制度是

实现各级法院合理分工的基础和前提，而建立合理的分工负责制，旨在保证审判的准确性和公正性。案件有轻重、难易之分，不可能让每一个法院都承担同样的审判任务。为此，就需要设立不同级别的法院来分别承担与之适应的审判工作。国家设立较低级别的法院，使其承担大量普通案件的审判工作；设立较高级别的法院，使其承担相对重大和复杂的案件的审判工作，并在控、辩一方或双方不服下级法院的裁判、提出重新审判的申请时，负责对下级法院审结的案件进行重新审判。由于不同级别的法院在人员配置上有不同的要求，通过审级划分形成的合理分工，能够保证案件审判的准确性和公正性。

2. 形成监督制约机制，促使各级法院依法公正审判。审判权的依法公正行使不能离开必要的监督制约。实行审级制度，使上级法院对下级法院进行监督、制约成为可能。在实行审级制度的情况下，第一审法院作出的裁判并不立即发生法律效力。只要控、辩双方中任何一方不服裁判并提出重新审判的请求，上一级法院就会对下级法院已经审结的案件进行重新审判。通过重新审判，下级法院作出的裁判就有可能被撤销。上一级法院通过对下级法院裁判的重新审查和在发现错误时将原裁判的撤销，实现了对下级法院的制约和监督。实际上，不管下级法院作出的裁判是否实际进入了上一级法院重新审判的程序，上一级法院重新审查和撤销下级法院原裁判的可能性的存在就构成了对下级法院的制约机制。这种监督、制约机制的存在，有利于各级法院提高审判工作的质量，严格依法公正审判，最大限度地保证审判的准确性和公正性。

3. 建立纠错机制，及时纠正裁判错误。实行审级制度的目的之一，就是及时发现和纠正下级法院裁判的错误。任何诉讼制度下都不可能完全避免裁判错误，因此就需要有一种能够及时发现和纠正错误裁判的机制。审级制度的实行，反映了刑事审判的客观规律，使错误裁判的及时发现和纠正成为可能。上级法院通过对下级法院原裁判的重新审查，可以及时发现因种种原因造成的裁判错误并及时加以纠正。正是基于纠正错误裁判的需要，刑事司法制度史上很早就有了审级制度。

4. 增强裁判的公信力和刑事审判的权威性。实行审级制度，赋予控、辩双方提请上一级法院重新审判案件的权利，体现了刑事审判的审慎性和对控、辩双方意见与要求的尊重。无论上一级法院重新审理下级法院已经作出裁判的案件后是否撤销了原裁判，只要上一级法院的重新审判程序是严格依法而且公正的，上一级法院对下级法院裁判的审查程序本身及其结果，都可能使裁判的公信力和审判的权威性得到增强。当事人对裁判的信任和对审判权威性的服从，无疑是裁判有效执行和刑事诉讼法任务有效实现的重要条件。

二、三审终审制与两审终审制

从第一审的法官中挑选出来的上诉法院法官，往往声明他们的高级职称并不等于他们的准确无误。但是在争论中他们总是获胜。其实这并不说明他们总是有

道理。

——【法】勒内·弗洛里奥

一个案件经过三级法院的审判才告终结的审级制度，就是三审终审制。如果一个案件经过两级法院的审判即告终结，则属于两审终审制。我国普通法院共分为四级，即最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院。我国实行两审终审制，一个案件最多只能经过两级法院的审判即告终结，第二审人民法院所作出的裁判为终审裁判，裁判一经作出，立即发生法律效力。

各国法院体系并不一样，尤其实行联邦制的国家存在着平等的两套司法体系，而联邦最高司法机关对其成员最高司法机关处理的案件仍有管辖权，因此，其审级制度相对于单一制国家的更加复杂。但总的来说，各国一般都设有四级法院，审级制度主要有三审终审和两审终审两种形式。此外，少数国家则采取以两审终审为主、兼有三审终审的制度，最为典型的是美国和南斯拉夫。①

实行四级三审制即三审终审制的国家较多，如日本、英国、法国、德国、奥地利等。三审终审制意味着当事人有两次上诉的权利，一个案件最多可以经过三级法院的审判才告终结。在实行三审终审的地方，二审程序对事实问题和法律问题全面审理，重在对事实的审查；三审属于“法律审”，即只审查原判决是否违反法律。一般来说，当事人第一次上诉基本上不受理由上的严格限制，甚至没有说明理由的上诉也可以引起第二审程序。但第二次上诉则受到限制，即并不是所有案件都可以畅通无阻地进入第三审程序。例如《德国刑事诉讼法典》第344条规定，上诉人应当说明他在何范围内对原判决不服，在何范围内申请撤销、变更原判决，并要说明申请理由。说明理由时，必须表明是因为违反程序方面的法律规范情况，还是因为违反其他方面的法律规范情况而对原判决声明不服。在第一种情况下，必须提出表明瑕疵的事实。《日本刑事诉讼法典》对不服第二审判决的上诉理由规定为：违反宪法或者对宪法的解释有错误；作出与最高法院的判例相反的判断；在没有最高法院的判例时，作出与大审院或作为上告法院的高等法院的判例或刑事诉讼法施行后的高等法院的判例相反的判断的。② 所谓以两审终审为主、兼采三审终审，是指二审终审为原则，三审终审为例外，即绝大部分案件都是两审终审，只有极少数案件可以第二次上诉，引起第三审程序。以美国为例，联邦法院系统和州法院系统基本上实行两审终审制，以上诉一次为原则。少数案件经过严格的批准手续，涉及联邦法律问题的，才能再向联邦最高法院提出上诉。③

---

① 参见刘家琛、郝银钟主编：《刑事审判学》，151页，北京，群众出版社，2002。

② 参见程荣斌主编：《外国刑事诉讼法教程》，523页，北京，中国人民大学出版社，2002。

③ 参见陈光中、徐静村主编：《刑事诉讼法学》，修订2版，295页，北京，中国政法大学出版社，2002。

我国实行的是两审终审的审级制度。地方各级人民法院按照审判管辖的规定对第一审刑事案件作出判决或裁定后，依法享有上诉权的当事人如果不服裁判，可以在法律规定的期限内提起上诉，而提起公诉的同级人民检察院不服裁判的，也可以提起抗诉。上诉或抗诉的提起，便可引起第二审程序的发生。第二审人民法院根据上诉或抗诉进行审理后作出的裁判是终审的裁判，当事人不能再次提出上诉，检察机关也不能再次提起抗诉。

理解我国的两审终审制需要注意两个问题：

第一，两审终审制意味着一个案件可以或者最多经过两级法院的审判才告终结，而并不意味着任何一个案件都应当经过两级法院的审判才能终结审判程序。最高人民法院作为第一审法院的案件实行一审终审，不发生第二审程序。地方第一审法院作出判决或裁定后，当事人不上诉、检察机关不抗诉的，上诉期、抗诉期届满，判决或裁定发生法律效力，也就不再发生第二审程序的问题。

第二，第一审人民法院判处被告人死刑的案件，即使第二审法院裁定维持一审死刑判决的，其判决和裁定仍未发生法律效力。必须经过死刑复核程序，其裁定和原判决才正式发生终审的法律效力。

三、确定审级制度的原因或理由

实行两审终审制或实行三审终审制，都不是一种随心所欲的任意选择，而是有具体的原因和依据的。一般来说，确定审级制度时主要考虑两方面的因素：

1. 公正与效率的价值平衡。公正包括实体公正与程序公正，效率既指诉讼的效率，又包括控制犯罪的效率。公正与效率的矛盾是客观存在的，更多地强调公正，效率会受到一定的影响。就公正而言，实体公正与程序公正也不是完全统一的，也有相互矛盾的一面。一个案件经过的审级越多，实体公正和程序公正会有更多的保障，但控制犯罪的效率会受到影响。为此，各国在确定审级制度时必然要在公正与效率之间寻求平衡。在考虑了本国具体的诉讼制度之后，认为既能保障公正的最大实现，又能保证诉讼的效率和满足控制犯罪的需要时，才会选择某种审级制度。

2. 本国的具体国情。任何一国都有自己的国情，诸如诉讼传统、文化传统、政治体制、经济地理等等，在确定审级制度时，不能不考虑这些具体的因素。

我国实行两审终审制，也是考虑了上述诸项因素。具体地说，我国实行两审终审制的原因主要有三个方面：

首先，在现行审判体制中，两审终审制能够最大限度地实现公正与效率的统一。我国虽然不实行三审终审，但这样一种审级制度能够保证公正的实现。刑事诉讼法在各级法院之间案件管辖上作了科学的分工，将较为重大、复杂的案件交由中级以上人民法院作为第一审法院进行审判；法律规定在因上诉或抗诉引起的第二审案件的审理中实行全面审理的原则，不受上诉或抗诉请求和理由的限制；

即使裁判发生了法律效力，通过审判监督程序仍然可能纠正裁判错误。在实行三审终审制的国家，第三审程序的发生和对原裁判的纠正有严格的条件限制，我国的审判监督程序较之具有更强的救济功能。我国法律上的这些制度、原则和程序能够保证刑事审判的公正性。而在保证刑事审判公正性的前提下，两审终审无疑比三审终审具有更高的效率。

其次，两审终审制符合我国的国情。我国地域辽阔，许多地方交通不便，人们的物质生活水平还不高，如果审级过多，不仅不便于人民群众参与诉讼活动，而且不能达到及时惩罚犯罪的目的，降低打击犯罪的效力。此外，还会导致国家更高的司法成本和公民参与诉讼更重的负担。

最后，两审终审制有利于高级人民法院和最高人民法院集中更多的精力加强对下级人民法院和地方人民法院的监督指导工作。在我国，上级人民法院对下级人民法院、最高人民法院对地方人民法院担负着业务上的监督指导工作，过多的审级将加重其直接处理审判业务的负担，从而影响其对下级人民法院或地方各级人民法院的监督指导，不利于从整体上保证和提高刑事审判工作的质量。

【问题与思考】

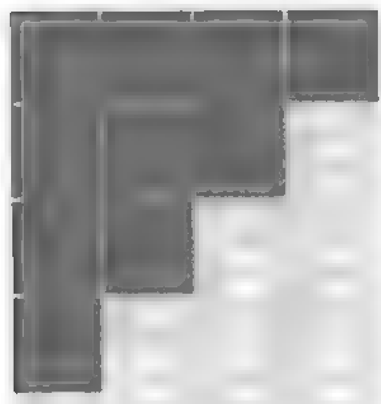
1. 如何理解刑事审判在刑事诉讼程序中的中心地位？
2. 刑事审判的基本特征是什么？
3. 英美法系与大陆法系在刑事审判模式上有哪些主要区别？
4. 审判公开原则有何重要意义？
5. 直接、言词原则，集中审理原则对于实现司法公正有何重要意义？
6. 确立科学、合理的审级制度应当考虑哪些因素？
7. 案例讨论：

某区人民检察院向区人民法院指控，本市国土资源局原副局长孙某在市新乐居房地产开发有限公司取得开发某地块土地使用权过程中为其谋利，该公司成功取得该地块使用权后，公司董事长陈某送被告人孙某现金 20 万元人民币。在侦查阶段，证人陈某在检察机关向其调查时陈述了送钱孙某的事实，孙某也供述了收受陈某 20 万元的事实。提起公诉后，孙某否认自己的受贿事实。孙某及其辩护人要求法院传唤证人陈某到庭作证。公诉机关认为侦查阶段被告人和证人都陈述了行贿受贿的事实，两人都在讯（询）问笔录上签字并按了手印，没有必要再到当庭作证。合议庭认为本案事实清楚，被告人在审判前阶段上一直没有翻供，供证能相互印证，故没有通知证人出庭作证。

问题：法院是否应当通知证人陈某到庭作证？



第十六章



第一审程序

第一节 第一审一般程序
一、第一审一般程序的概念
二、第一审一般程序的庭前程序
三、第一审一般程序的法庭审判程序
四、第一审一般程序的其他相关程序事项

第二节 第一审特别程序
一、自诉案件第一审程序
二、刑事简易程序

第三节 判决、裁定与决定
一、判决
二、裁定
三、决定

本章概要

第一审程序是刑事案件审理的起始程序，也是必经程序，集中体现了刑事诉讼的价值及原则与刑事审判的典型特征。它对确定被告人罪之有无、刑之轻重具有举足轻重的意义，它不仅事关惩罚犯罪与保障人权，而且与诉讼效率密切相关。

关键术语

庭前准备程序　法庭调查　法庭辩论　延期审理　简易程序　判决　裁定

第一审程序是指人民法院对刑事案件的第一次审判所应遵循的程序规则的总称。从审判作用上而言，第一审程序是相对于各种救济审程序而言的，它的功能主要体现为以下几个方面：其一，第一审程序是审判程序的典型代表。第一审程序是刑事审判的必经程序，其程序规则较其他审判程序规则最为全面、完备，比如公开审判、法官中立、控辩平等、直接言词、自由心证、陪审、辩护等审判原则均得到了全面体现。其二，第一审程序是刑事审判的基础。其他审判程序比如第二审程序、死刑复核程序、审判监督程序等，均在不同程度上以第一审的裁决为基础或出发点。其三，第一审作出的裁判在法定期限内未被提起上诉、抗诉的就是生效裁判。

第一节　第一审一般程序

一、第一审一般程序的概念

我国第一审一般程序是指人民法院对公诉案件进行第一次审判所应遵循的普通程序规则的总称。强调公诉以区别于自诉，强调普通程序以区别于简易程序。第一审一般程序是第一审程序的基本程序。根据我国《刑事诉讼法》的规定，第一审一般程序包括庭前程序和庭审程序两大部分，同时还有一些特别规定。

二、第一审一般程序的庭前程序

庭前程序是指人民检察院向人民法院提起公诉后到人民法院开庭审判前，人民法院所进行的各种审判准备所应遵循的规则的总称。庭前程序在此是从狭义上而言的，它包括两层意思：一是庭前程序的主体只指人民法院，而广义上的庭前程序的主体包括侦查机关、检察机关和辩护方；二是庭前程序只指公诉后至开庭前阶段的程序规则，而广义上的庭前程序包括审判前的立案、侦查、公诉准备等一系列活动程序规则。

庭前程序的核心是准备，目的在于提高效率，即通过必要的准备为顺利进行庭审创造条件，准备不好将使庭审出现中断并导致诉讼拖延。根据我国《刑事诉讼法》的规定，庭前程序包括对公诉案件的庭前审查和开庭审判前的准备两个部分：

（一）对公诉案件的审查

对公诉案件的审查是指人民法院对人民检察院提交的案件进行审查，以确定

是否达到开庭审判条件的专门的司法活动。

我国《刑事诉讼法》第150条规定："人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。"此条规定确立了开庭审判的基本条件是起诉具备几个形式要件即可，并不要求起诉事实清楚，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任。这就决定了法院对公诉案件的审查是形式审查而非实质审查。实行形式审查的目的在于防止法官在开庭前了解案件事实而先入为主甚至"先定后审"，以尽可能确保审判中心，防止审判"走过场"。它对于确保司法公正具有重要意义。

开庭审判的基本条件是由我国《刑事诉讼法》第150条规定的，但开庭审判的全部条件或具体条件是由最高人民法院规定的，根据《高法解释》第116条的规定，对公诉案件的审查具体包括以下10个方面：(1) 案件是否属于本院管辖。(2) 起诉书指控的被告人的身份、实施犯罪的时间、地点、手段、犯罪事实、危害后果和罪名，以及其他可能影响定罪量刑的情节等是否明确。(3) 起诉书中是否载明被告人被采取强制措施的种类、羁押地点、是否在案，以及有无扣押、冻结在案的被告人的财物及存放地点；是否列明被害人的姓名、住址、通讯处，为保护被害人而不宜列明的，应当单独移送被害人名单。(4) 是否附有起诉前收集的证据的目录。(5) 是否附有能够证明指控犯罪行为的性质、情节等内容的主要证据复印件或者照片。(6) 是否附有起诉前提供了证言的证人名单，证人名单应当分别列明出庭作证和拟不出庭作证的证人的姓名、性别、年龄、职业、住址和通讯处。(7) 已委托辩护人、代理人的，是否附有辩护人、代理人的姓名、住址、通讯处明确的名单。(8) 提起附带民事诉讼的，是否附有相关证据材料。(9) 侦查、起诉程序的各种法律手段和诉讼文书复印件是否完备。(10) 有无《刑事诉讼法》第15条第2～6项规定的不追究刑事责任的情形。前款第5项中所说的主要证据包括：(1) 起诉书中涉及的《刑事诉讼法》第42条规定的证据种类中的主要证据；(2) 同种类多个证据中被确定为主要证据的，如果某一种类证据中只有一个证据，该证据即为主要证据；(3) 作为法定量刑情节的自首、立功、累犯、中止、未遂、防卫过当等证据。根据《高法解释》第117条的规定，案件经审查后，应当根据不同情况分别处理：(1) 对于不属于本院管辖或者被告人不在案的，应当决定退回人民检察院；(2) 对于不符合该解释第116条第2～9项的规定之一，需要补送材料的，应当通知人民检察院在3日内补送；(3) 对于根据《刑事诉讼法》第162条第3项的规定宣告被告人无罪，人民检察院依据新的事实、证据材料重新起诉的，人民法院应当依法受理；(4) 依照该解释第177条的规定，人民法院裁定准许人民检察院撤诉的案件，没有新的事实、证据，人民检察院重新起诉的，人民法院不予受理；(5) 对于符合《刑事诉讼法》第15条第2～6项规定的情形的，应当裁定终止审理或者决定不予受理；(6) 对于被告人真实身份不明，

但符合《刑事诉讼法》第 128 条第 2 款的，人民法院应当依法受理。

现代世界几个主要发达国家的法院对公诉案件的审查情况呈现出以下几个特点：第一，日本实行彻底的起诉书一本主义。检察官向法院起诉时，除提交一份起诉书外，不得同时添附可能使法官对案件产生预断的文书和证物，也不得引用这些文书和证物的内容，目的是切断侦查与审判的直接联系，将控方的主张与举证分成两个步骤，使控、辩双方影响法官心证的举证活动同步进行，以实现公平审判。第二，德国、法国实行庭前实质审查制。德国实行完全的庭前法官实质审查制，不能防止法官预断。德国检察官起诉时，应将起诉书和案卷一并提交法院，首席法官指定一名职业法官担任阅卷人，熟悉了解案件基本情况，可以自行调查或委托检察官进行补充侦查，收集证据。就是实行处刑命令程序，也要对案件进行实质审查。法国虽实行对案件进行一级和二级预审的法官不得作为庭审法官的制度，但由于实行案卷材料移送制度，并不能有效防止法官预断。对于违警罪和轻罪，不论是检察官直接决定起诉还是预审法官预审（一级预审）后裁定起诉，均由检察官将公诉书和案卷材料移送给法院，庭审法官事先了解案卷材料；对于重罪，上诉法院审查庭裁定起诉后就将案卷材料移送给审判法庭，重罪审判庭在正式开庭前还进行预备程序，审判长可以讯问被告人，将足以证明犯罪的笔录、书面证言和鉴定报告的副本送达被告人；审判长如果认为预审尚不完整，或者在预审之后发现新的情况，可以命令进行必要的任何侦查行为。第三，美国、英国、意大利等不实行全案移送制度，可以在较大程度上防止法官预断。这些国家的法院对公诉案件的审查最重要的特色是，庭前对公诉的审查以保护被告人人权为目的，如果被告人放弃预审则不进行预审。美国较为典型，于一般案件，预审法官预审后，于重罪案件，经过陪审团检查后，只向法院提交控告状或公诉书。在英国、意大利，只移送部分材料给法庭。在英国，对于法院开庭审判的案件，预审法官将案件交付正式审判后要移送部分材料，包括：（1）原告的起诉书；（2）证言笔录、证人名单；（3）被告人的供述；（4）物证或书证清单等。原来的起诉书与证言笔录副本还要送达给被告人。在意大利，初步庭审阶段结束并决定提起公诉后，允许检察官将一小部分证据材料移送法官，其他大部分证据由控方在庭审时提出。

（二）开庭审判前的准备

人民法院对公诉案件审查后，如果认为案件符合开庭审判的条件，即可着手进行开庭审判前的准备，其目的是在庭审前进行必要的信息沟通，为顺利开庭创造条件。根据我国《刑事诉讼法》第 151 条的规定，开庭审判前的准备内容主要

包括三个部分：

第一，确定审判组织。根据《刑事诉讼法》和《人民法院组织法》的规定确定合议庭组成人员。

第二，告知被告人准备辩护。内容包括将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，告知被告人可以委托辩护人，或者在必要的时候指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。

第三，发出开庭通知。将开庭的时间、地点在开庭3日以前通知人民检察院，传唤当事人，通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭3日以前送达；公开审判的案件，在开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。

《高法解释》第119、120条在规定开庭审判前的准备时还特别指明以下内容：一是起诉书副本也应向被害人送达。二是通知被告人、辩护人于开庭5日前提供申请出庭作证的身份、住址、通讯处明确的证人、鉴定人名单，不出庭作证的证人、鉴定人名单，以及拟当庭宣读、出示的证据复印件、照片。三是人民法院通知公诉机关提供的证人时，如果该证人当场表示拒绝出庭作证，或者按照所提供的证人通信地址未能通知到该证人的，应当及时告知申请通知该证人的公诉机关或者辩护人。四是合议庭可以拟出法庭审理提纲。提纲一般包括下列内容：合议庭成员在庭审中的具体分工；起诉书指控的犯罪事实部分的重点和认定性质方面的要点；讯问被告人时拟了解的案情要点；控、辩双方拟出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人；控、辩双方拟当庭宣读、出示的证人书面证言、物证和其他证据的目录；庭审中可能出现的问题及拟采取的措施。

三、第一审一般程序的法庭审判程序

法庭审判程序是第一审程序的中心环节和典型代表。法庭审判的直接目的是确定起诉事实是否存在并确定刑事责任，法庭审判程序则为达成此目的提供程序保障，其核心在于维护控、辩双方的平等和法官中立，以确保公正司法。

法庭审判程序构造，从横的方面讲，典型体现了控、辩、审三方的互动关系；从纵的方面讲，又分为不同的诉讼步骤。这些步骤和互动关系包括以下内容：一是开庭程序。其实质是控、辩、审三方的报到审查程序。目前，西方部分国家还有专门的选定程序，即通过控、辩双方行使有因回避权和无因回避权确定双方认可的陪审团。二是法庭调查程序。它是法庭审判的中心环节，其目的是对起诉事实进行公开听证以确定事实是否存在。三是法庭辩论程序。法庭辩论是由控、辩双方对犯罪事实已认定清楚的案件就刑事责任问题发表意见，为法官最终适用法律提供参考。四是评议与宣判程序。评议与宣判是合议庭或陪审团对法庭辩论进行秘密评议、形成结论，并把这种结论以裁判的形式公开宣布的专门活动。

根据我国《刑事诉讼法》的规定，公诉案件一般法庭审判程序的步骤和控、

辩、审三方的互动关系如下：

（一）开庭

根据我国《刑事诉讼法》第 154 条的规定，开庭应履行以下程序：查明当事人是否到庭，宣布案由；宣布合议庭的组成人员、书记员、公诉人、辩护人、诉讼代理人、鉴定人和翻译人员的名单；告知当事人有权对合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员申请回避；告知被告人享有辩护权利。

《高法解释》第 123～129 条对于开庭程序还特别指明以下几点：

1. 被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人经人民法院传唤或者通知未到庭，不影响开庭审判的，人民法院可以开庭审理。

2. 开庭审理前，书记员应当依次进行下列工作：（1）查明公诉人、当事人、证人及其他诉讼参与人是否已经到庭；（2）宣读法庭规则；（3）请公诉人、辩护人入庭；（4）请审判长、审判员（人民陪审员）入庭；（5）审判人员就座后，当庭向审判长报告开庭前的准备工作已经就绪。

3. 审判长宣布开庭，传被告人到庭后，应当查明被告人的下列情况：（1）姓名、出生年月日、民族、出生地、文化程度、职业、住址，或者单位的名称、住所地及诉讼代表人的姓名、职务；（2）是否曾受到过法律处分及处分的种类、时间；（3）是否被采取强制措施及强制措施的种类、时间；（4）收到人民检察院起诉书副本的日期，附带民事诉讼的，附带民事诉讼被告人收到民事起诉状的日期。

4. 审判长宣布案件的来源、起诉的案由、附带民事诉讼原告人和被告人的姓名（名称）及是否公开审理。对于不公开审理的案件，应当当庭宣布不公开审理的理由。

5. 审判长应当告知当事人、法定代理人在法庭审理过程中依法享有下列诉讼权利：（1）可以申请合议庭组成人员、书记员、公诉人、鉴定人和翻译人员回避；（2）可以提出证据，申请通知新的证人到庭，调取新的证据，重新鉴定或者勘验、检查；（3）被告人可以自行辩护；（4）被告人可以在法庭辩论终结后作最后的陈述。

6. 审判长分别询问当事人、法定代理人是否申请回避，申请何人回避和申请回避的理由。如果当事人、法定代理人申请审判人员、出庭支持公诉的检察人员回避，合议庭认为符合法定情形的，应当依照《高法解释》有关回避的规定处理；认为不符合法定情形的，应当当庭驳回，继续法庭审理。如果申请回避人当庭申请复议，合议庭应当宣布休庭，待作出复议决定后，决定是否继续法庭审理。同意或者驳回回避申请的决定及复议决定，由审判长宣布，并说明理由；必要时，也可以由院长到庭宣布。

（二）法庭调查

根据我国《刑事诉讼法》第 155 条至第 159 条的规定，法庭调查的一般步骤和控、辩、审互动关系如下：

第一，公诉人宣读起诉书。

第二，被告人、被害人陈述和审讯被告人。我国《刑事诉讼法》第 155 条规定：公诉人在法庭上宣读起诉书后，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述，公诉人可以讯问被告人。被害人、附带民事诉讼的原告人和辩护人、诉讼代理人，经审判长许可，可以向被告人发问。审判人员可以讯问被告人。

第三，出示、核实各种证据。主要包括：一是询问证人、鉴定人。我国《刑事诉讼法》第 156 条规定：证人作证，审判人员应当告知他要如实地提供证言和有意作伪证或者隐匿罪证要负的法律责任。公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以对证人、鉴定人发问。审判长认为发问的内容与案件无关的，应当制止。审判人员可以询问证人、鉴定人。二是出示与核实物证、书证及其他证据文书。我国《刑事诉讼法》第 157 条规定：公诉人、辩护人应当向法庭出示物证，让当事人辨认；对未到庭的证人的证言笔录、鉴定人的鉴定结论、勘验笔录和其他作为证据的文书，应当当庭宣读。审判人员应当听取公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人的意见。此外，《刑事诉讼法》还有两项特别规定：一是调取新证据，即调取庭审前证据目录、证人名单以外的证据。法律规定是，“法庭审理过程中，当事人和辩护人、诉讼代理人有权申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验”（第 159 条）。二是合议庭调查核实证据。法律规定是，“法庭审理过程中，合议庭对证据有疑问的，可以宣布休庭，对证据进行调查核实。人民法院调查核实证据，可以进行勘验、检查、扣押、鉴定和查询、冻结”（第 158 条）。

《高法解释》第 130～159 条规定，法庭调查还应注意以下内容：审判长宣布法庭调查开始后，应当首先由公诉人宣读起诉书；有附带民事诉讼的，再由附带民事诉讼的原告人或者他的诉讼代理人宣读附带民事诉状。在审判长主持下，被告人、被害人可以就起诉书指控的犯罪事实分别进行陈述。在审判长主持下，公诉人可以就起诉书中所指控的犯罪事实讯问被告人；被害人及其诉讼代理人经审判长准许，可以就公诉人讯问的情况进行补充性发问；附带民事诉讼的原告人及其法定代理人或者诉讼代理人经审判长准许，可以就附带民事诉讼部分的事实向被告人发问；经审判长准许，被告人的辩护人及法定代理人或者诉讼代理人可以在控诉一方就某一具体问题讯问完毕后向被告人发问。对于共同犯罪案件中的被告人，应当分别进行讯问。合议庭认为必要时，可以传唤共同被告人同时到庭对质。对于控辩双方认为对方讯问或者发问被告人的内容与本案无关或者讯问、发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况后予以支持或者驳回。

对指控的每一起案件事实，经审判长准许，公诉人可以提请审判长传唤证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示证据，宣读未到庭的被害人、证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人的书面陈述、证言、鉴定结论及勘验、检查笔录；被害人及其诉讼代理人和附带民事诉讼的原告人及其诉讼代理人经审判

长准许，也可以分别提请传唤尚未出庭作证的证人、鉴定人和勘验、检查笔录制作人出庭作证，或者出示公诉人未出示的证据，宣读未宣读的书面证人证言、鉴定结论及勘验、检查笔录。被告人、辩护人、法定代理人经审判长准许，可以在起诉一方举证提供证据后，分别提请传唤证人、鉴定人出庭作证，或者出示证据、宣读未到庭的证人的书面证言、鉴定人的鉴定结论。经人民法院准许，未成年人，庭审期间身患严重疾病或者行动极为不便的人，其证言对案件的审判不起直接决定作用的人以及有其他原因的人可以不出庭作证。鉴定人应当出庭宣读鉴定结论，但经人民法院事先准许不出庭的除外。鉴定人到庭后，审判人员应当先核实鉴定人的身份、与当事人及本案的关系，告知鉴定人应当如实地提供鉴定意见和有意作虚假鉴定要负的法律责任。审判长对于向证人、鉴定人发问的内容与本案无关或者发问的方式不当的，应当制止；对于控辩双方认为对方发问的内容与本案无关或者发问的方式不当并提出异议的，审判长应当判明情况后予以支持或者驳回。向证人和鉴定人发问、询问应当分别进行；对于当庭出示的物证、书证、视听资料等证据，应当先由出示证据的一方就所出示的证据的来源、特征等作必要的说明，然后由另一方进行辨认并发表意见；控辩双方可以互相质问、辩论。当庭出示的证据，宣读的证人证言、鉴定结论和勘验、检查笔录等，在出示、宣读后，应即将原件移交法庭。对于确实无法当庭移交的，应当要求出示、宣读证据的一方在休庭后 3 日内移交；对于公诉人在法庭上宣读、播放未到庭证人的证言的，如果该证人提供过不同的证言，法庭应当要求公诉人将该证人的全部证言在休庭后 3 日内移交；人民法院审查前款规定的证据材料，发现与庭审调查认定的案件事实有重大出入，可能影响正确裁判的，应当决定恢复法庭调查；公诉人要求出示开庭前送交人民法院的证据目录以外的证据，辩护方提出异议的，审判长如认为该证据确有出示的必要，可以准许出示；如果辩护方提出对新的证据要做必要准备，可以宣布休庭，并根据具体情况确定辩护方做必要准备的时间，确定的时间期满后，应当继续开庭审理。当事人和辩护人申请通知新的证人到庭，调取新的证据，申请重新鉴定或者勘验的，应当提供证人的姓名、证据的存放地点，说明所要证明的案件事实，要求重新鉴定或者勘验的理由，审判人员根据具体情况，认为可能影响案件事实认定的，应当同意该申请，并宣布延期审理；不同意的，应当告知理由并继续审理。

在庭审过程中，公诉人发现案件需要补充侦查，提出延期审理建议的，合议庭应当同意，但是建议延期审理的次数不得超过两次；法庭宣布延期审理后，人民检察院在补充侦查的期限内没有提请人民法院恢复法庭审理的，人民法院应当决定按人民检察院撤诉处理。人民法院向人民检察院调取需要调查核实的证据材料，或者根据辩护人、被告人的申请，向人民检察院调取在侦查、审查起诉中收集的有关被告人无罪和罪轻的证据材料，应当通知人民检察院在收到调取证据材料决定书后 3 日内移交。合议庭在案件审理过程中，发现被告人可能有自首、立

功等法定量刑情节，而起诉和移送的证据材料中没有这方面的证据材料的，应当建议人民检察院补充侦查。

我国《刑事诉讼法》规定的法庭调查程序基本上确定的是一些重要的法律规则，并不是严格的调查顺序，在司法实践中允许人民法院在制订庭审计划时确定具体的庭审顺序，只要不违背《刑事诉讼法》的规定即可。

在西方国家特别是英美法系国家，法庭调查实行著名的交叉询问（cross-examination）规则，即控辩双方在法官和陪审团面前为查明事实而交替盘问证人的一种法庭调查方式。其步骤是：(1) 控诉方对自己提出的第一位证人进行主询问，通过适当的提问使证人得以清楚无误地提供与本方所要证明的事实有关的陈述。(2) 辩护方对控诉方提出的这一位证人进行交叉询问，通过细心安排的提问揭露证人证言中存在的矛盾或者漏洞，引导出有利于本方的事实，甚至干脆对证人本身的可靠性提出质疑，并为被告人博取同情。(3) 控诉方对自己提出的第一位证人再次进行主询问，目的在于澄清该证人的证言在交叉询问中暴露出来的疑点，消除交叉询问所造成的不利于本方的效果。(4) 控诉方再次主询问后，如果确有必要并经主审法官许可，辩护方可以再次交叉询问。(5) 控诉方对自己提出的第二位证人进行主询问，并重复进行上述 (2)、(3)、(4) 项活动，直至对控诉方提供的证人全部询问完毕。(6) 辩护方对自己提出的第一位证人进行主询问，使该证人提供有利于本方的陈述。(7) 控诉方对辩护方提出的第一位证人进行交叉询问。(8) 辩护方对自己提出的第一位证人再次进行主询问。(9) 确有必要并经主审法官许可，控诉方可以再次进行交叉询问。(10) 辩护方对自己提出的第二位证人进行主询问，并重复上述 (7)、(8)、(9) 项活动，直至对辩护方提供的证人全部询问完毕。①

交叉询问制度的优点是逻辑性强：第一，它反对使用书面证言等可靠性较低的传闻证据；第二，它确立了以询问证人（包括被害人、被告人、鉴定人等）为主线，根据需要与时机配合出示书证、物证的方法，论证清晰；第三，证人的次序安排和询问内容均是控辩双方精心设计的，不仅层次分明，而且探索力极强；第四，把对事实的调查与辩论融为一体，避免了把二者分开进行引起的辩论中常常需恢复法庭调查的麻烦。我国现行《刑事诉讼法》规定的法庭调查和实践操作一般采用先审问被告，再传唤证人，后出示书证、物证的机械运作方式，特别是允许使用书面证言等传闻证据。此种审理方式较为缺乏逻辑性。

（三）法庭辩论

我国《刑事诉讼法》规定的法庭辩论的特点是包括事实的辩论，即法庭辩论是控辩双方对案件事实、证据、适用法律分别发表意见，并相互进行质疑的专门

---

① 参见张建伟：《交叉询问制度的机理与运用》，载《依法治国　司法公正——诉讼法理论与实践》，198～199页，上海，上海社会科学院出版社，2000。

活动。

我国《刑事诉讼法》第 160 条规定，经审判长许可，公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人可以对证据和案件情况发表意见并且可以互相辩论。该条规定了法庭辩论的基本顺序，辩护人首次发表辩护词后是第一轮辩论结束的标志，接着开始第二轮、第三轮辩论，直至合议庭认为双方均已表明见解为止。

《高法解释》第 161 条至第 166 条在规定法庭辩论时还强调：(1) 法庭辩论应当在审判长的主持下，按照下列顺序进行：1) 公诉人发言；2) 被害人及其诉讼代理人发言；3) 被告人自行辩护；4) 辩护人辩护；5) 控辩双方进行辩论。附带民事诉讼部分的辩论应当在刑事诉讼部分的辩论结束后进行。先由附带民事诉讼原告人及其诉讼代理人发言，然后由被告人及其诉讼代理人答辩。(2) 在法庭辩论过程中，审判长对于控辩双方与案件无关、重复或者互相指责的发言应当制止。(3) 对于辩护人依照有关规定当庭拒绝继续为被告人进行辩护的，合议庭应当准许。如果被告人要求另行委托辩护人，合议庭应当宣布延期审理，由被告人另行委托辩护人或者由人民法院为其另行指定辩护律师。被告人当庭拒绝辩护人为其辩护，要求另行委托辩护人的，合议庭应当同意，并宣布延期审理。被告人要求人民法院另行指定辩护律师，合议庭同意的，应当宣布延期审理。重新开庭后，被告人再次当庭拒绝重新委托的辩护人或者人民法院指定的辩护律师为其辩护的，合议庭应当分别情形作出处理：1) 被告人是成年人的，可以准许。但被告人不得再另行委托辩护人，人民法院也不再另行指定辩护律师，被告人可以自行辩护。2) 被告人具有该解释第 36 条规定的情形之一的，不予准许。依照该解释第 164 条，第 165 条第 1、2 款另行委托、指定辩护人或者辩护律师的，自案件宣布延期审理之日起至第 10 日止，准备辩护时间不计入审限。(4) 在法庭辩论过程中，如果合议庭发现新的事实，认为有必要进行调查，审判长可以宣布暂停辩论，恢复法庭调查，待该事实查清后继续法庭辩论。

（四）被告人最后陈述

根据我国《刑事诉讼法》第 160 条的规定，审判长在宣布辩论终结后，被告人有最后陈述的权利。被告人最后陈述是被告人的一项权利，应当成为一个独立的庭审阶段。法庭辩论结束后，审判长应告知被告人有最后陈述的权利。对于被告人最后陈述的内容，法律并未作限制性规定，只要是与案件有关的，合议庭都应当认真听取，不得限制。《高法解释》第 167、168 条在规定被告人最后陈述时还强调：其一，审判长宣布法庭辩论终结后，合议庭应当保证被告人充分行使最后陈述的权利。如果被告人在最后陈述中多次重复自己的意见，审判长可以制止；如果陈述内容是蔑视法庭、公诉人，损害他人及社会公共利益或者与本案无关的，应当制止；在公开审理的案件中，被告人最后陈述的内容涉及国家秘密或者个人隐私的，也应当制止。其二，被告人在最后陈述中提出了新的事实、证据，合议庭认为可能影响正确裁判的，应当恢复法庭调查；如果被告人提出新的辩解理由，

合议庭认为确有必要的，可以恢复法庭辩论。

（五）评议与宣判

根据《刑事诉讼法》第162条的规定，被告人最后陈述后，审判长宣布休庭，合议庭进行评议。根据《刑事诉讼法》的规定，评议遵守的规则有：一是评议秘密进行；二是评议由审判长主持；三是表决实行少数服从多数原则；四是书记员只作记录，不参与讨论和表决。根据《刑事诉讼法》的规定，评议后，合议庭应分别情形作出如下判决：

第一，案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人有罪的，应当作出有罪判决；第二，依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决；第三，证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。

《高法解释》第175～180条在规定评议时还强调：（1）合议庭应当根据已经查明的事实、证据和有关法律规定，并在充分考虑控辩双方意见的基础上，进行评议，确定被告人是否有罪，应否追究刑事责任；构成何罪，应否处以刑罚；判处何种刑罚；有无从重、加重、从轻、减轻或者免除处罚的情节；附带民事诉讼如何解决；赃款、赃物如何处理等，并依法作出判决。对于具有下列情形的案件，人民法院应当分别作出裁判：1）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人的罪名成立的，应当作出有罪判决；2）起诉指控的事实清楚，证据确实、充分，指控的罪名与人民法院审理认定的罪名不一致的，应当作出有罪判决；3）案件事实清楚，证据确实、充分，依据法律认定被告人无罪的，应当判决宣布被告人无罪；4）证据不足，不能认定被告人有罪的，应当以证据不足、指控的犯罪不能成立判决宣告被告人无罪；5）案件事实部分清楚，证据确实、充分的，应当依法作出有罪或者无罪的判决；事实不清，证据不足部分，依法不予认定；6）被告人因不满16周岁不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；7）被告人是精神病人，在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，不予刑事处罚的，应当判决宣告被告人不负刑事责任；8）犯罪已过追诉时效期限，并且不是必须追诉或者经特赦令免除刑罚的，应当裁定终止审理；9）被告人死亡的，应当裁定终止审理；对于根据已查明的案件事实和认定的证据材料，能够确认被告人无罪的，应当判决宣告被告人无罪。（2）在宣告判决前，人民检察院要求撤回起诉的，人民法院应当审查人民检察院撤回起诉的理由，并作出是否准许的裁定。（3）人民法院在审理中发现新的事实，可能影响定罪的，应当建议人民检察院补充侦查或者变更起诉。人民检察院不同意的，人民法院应当就起诉指控的犯罪事实，依照该解释第176条的有关规定依法作出裁判。（4）依据该解释第117条第3项受理的案件，依法作出判决时，人民法院对于前案依据《刑事诉讼法》第162条第3项作出的判决，不予撤销，但应当在判决中写明："被告人××曾于×年×月×日被××人民检察院以××罪向××人民法院提起公诉，

因证据不足，指控的犯罪不能成立，被××人民法院依法宣告无罪。"

宣判是对判决的公开宣告。《刑事诉讼法》第163条规定：宣告判决，一律公开进行。当庭宣告判决的，应当在5日以内将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院；定期宣告判决的，应当在宣告后立即将判决书送达当事人和提起公诉的人民检察院。第164条规定：判决书应当由合议庭的组成人员和书记员署名，并且写明上诉的期限和上诉的法院。《高法解释》第182、183条在规定宣判时还强调：其一，当庭宣告判决的，应当宣布判决结果，并在5日内将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。定期宣告判决的，合议庭应当在宣判前，先期公告宣判的具体时间和地点，传唤当事人并通知公诉人、法定代理人、诉讼代理人和辩护人；判决宣告后应当立即将判决书送达当事人、法定代理人、诉讼代理人、提起公诉的人民检察院、辩护人和被告人的近亲属。判决生效后还应当送达被告人的所在单位或者原户籍所在地的公安派出所。被告人是单位的，应当送达被告人注册登记的工商行政管理机关。其二，宣告判决，应当一律公开进行。宣告判决时，法庭内全体人员应当起立。宣判时，公诉人、辩护人、被害人、自诉人或者附带民事诉讼的原告人未到庭的，不影响宣判的进行。

四、第一审一般程序的其他相关程序事项

根据《刑事诉讼法》的规定，第一审一般程序还包括以下特别规定，主要内容有：

1. 不公开审理

根据《刑事诉讼法》第152条的规定，不公开审理包括以下情形：有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理。14周岁以上不满16周岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理。16周岁以上不满18周岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。《高法解释》第121～123条规定不公开审理时还强调：其一，对于当事人提出申请的确属涉及商业秘密的案件，法庭应当决定不公开审理。其二，依法不公开审理的案件，任何公民包括与审理该案无关的法院工作人员和被告人的近亲属都不得旁听。审理未成年被告人的案件，适用相关规定。其三，被害人、诉讼代理人、证人、鉴定人，经人民法院传唤或者通知未到庭，不影响开庭审判的，人民法院可以开庭审理。

2. 法庭纪律

"当面蔑视法庭"这个术语听起来有些古怪老气，但它的重要意义在于强调：在所有必须维护法律和秩序的地方，法院是最需要法律和秩序的。司法过程必须不受干扰或干涉。冲击司法正常进行就是冲击我们社会的基础。为了维持法律和秩序，法官有权并且必须有权立即处置那些破坏司法正常进行的人。这是一个很

大的权力，一个不经审判当即监禁某人的权力，然而它是必需的。

——【英】丹宁勋爵

根据《刑事诉讼法》第161条的规定，在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，审判长应当警告制止。对不听制止的，可以强行带出法庭；情节严重的，处以1 000元以下的罚款或者15日以下的拘留，罚款、拘留必须经院长批准。被处罚人对罚款、拘留的决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。复议期间不停止执行。对聚众哄闹、冲击法庭或者侮辱、诽谤、威胁、殴打司法工作人员或者诉讼参与人，严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，依法追究刑事责任。《高法解释》184条规定，在法庭审判过程中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应当按照下列情形分别处理：（1）对于违反法庭秩序情节较轻的，应当当庭警告制止并进行训诫；（2）对于不听警告制止的，可以指令法警将其强行带出法庭；（3）对于违反法庭秩序情节严重的，经报请院长批准后，对行为人处1 000元以下的罚款或者15日以下的拘留；（4）对于严重扰乱法庭秩序，构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。当事人对人民法院罚款、拘留的决定不服，可以向上一级人民法院申请复议。复议申请可以直接向上一级人民法院提出，也可以通过作出罚款、拘留决定的人民法院提出。通过作出罚款、拘留决定的人民法院向上一级人民法院申请复议的，该人民法院应当自收到复议申请之日起3日内，将申请人复议申请、罚款或者拘留决定书和有关事实、证据材料一并报上一级人民法院复议。上一级人民法院复议期间，不停止决定的执行。

3. 延期审理

根据《刑事诉讼法》第165条的规定，在法庭审判过程中，遇有下列情形之一，影响审判进行的，可以延期审理：（1）需要通知新的证人到庭，调取新的物证，重新鉴定或者勘验的；（2）检察人员发现提起公诉的案件需要补充侦查，提出建议的；（3）由于当事人申请回避而不能进行审判的。

《高法解释》第181条特别规定：在审判过程中，自诉人或被告人患精神病或者其他严重疾病，以及案件起诉到人民法院后被告人脱逃，致使案件在较长时间内无法继续审理的，人民法院应当裁定中止审理。由于其他不能抗拒的原因，使案件无法继续审理的，可以裁定中止审理。中止审理的原因消失后，应当恢复审理。中止审理的期间不计入审理期限。

4. 检察监督

《刑事诉讼法》第169条规定：人民检察院发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序，有权向人民法院提出纠正意见。《高法解释》第185条具体规定：人民检察院认为人民法院审理案件过程中，有违反法律规定的诉讼程序的情况，在庭审后提出书面纠正意见的，人民法院认为正确的，应当采纳。

5. 审理期限

《刑事诉讼法》第 168 条规定：人民法院审理公诉案件，应当在受理后 1 个月以内宣判，至迟不得超过 1 个半月。有本法第 126 条规定的情形之一的，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长 1 个月。人民法院改变管辖的案件，从改变管辖后的人民法院收到案件之日起计算审理期限。人民检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。

6. 法庭审判笔录

《刑事诉讼法》第 167 条规定，法庭审判的全部活动，应当由书记员写成笔录，经审判长审阅后，由审判长和书记员签名。法庭笔录中的证人证言部分，应当当庭宣读或者交给证人阅读。证人在承认没有错误后，应当签名或者盖章。法庭笔录应当交给当事人阅读或者向他宣读。当事人认为记载有遗漏或者差错的，可以请求补充或者改正。当事人承认没有错误后，应当签名或者盖章。

第二节　第一审特别程序

第一审特别程序是相对于第一审一般程序而言的，包括自诉案件第一审程序和刑事简易程序。

一、自诉案件第一审程序

（一）自诉的概念与意义

从形式上看，自诉与公诉是相对而言的，即被害人对犯罪的直接起诉。

现代世界各国有的承认自诉，如英国、德国；有的实行“起诉垄断主义”，即对所有犯罪的起诉均实行公诉形式，如美国、日本、法国等。究竟是哪种形式好，理论上尚无定论。承认自诉的国家，一般是从以下方面来衡量其意义的：

1. 允许自诉的案件主要是事实清楚、危害轻微的案件，对于此类案件国家的侦查、公诉机关没有必要“大动干戈”，交由被害人直接起诉既有利于提高诉讼效率，又有利于提高诉讼效益，较好地贯彻了诉讼效率与诉讼经济原则。此种考虑包含着两个重要理念：一是自诉与公诉只是形式不同，并无本质区别。自诉与公诉的实体原告均主要是国家，不宜简单地把自诉归入私诉范围，比如英国法律规定，自诉人有权向地方检察官申请以公款支付自诉的费用，这说明英国并不把自诉仅仅看作是自诉人个人的事情，而把它看作是具有公诉意义的诉讼形式。自诉的这一本质为必要时由检察机关接管自诉案件创设了理论前提。二是自诉实质上是一种对罪行轻微的案件适用的更加简易的诉讼形式，较之其他简易程序，自诉还免去了国家起诉机关的介人，实质上简易程度更高。

2. 自诉案件中犯罪行为侵害个人利益的成分较突出，由被害人、被告人双方通过自诉途径解决有利于合情合理解决纠纷，一定程度上还可以化解矛盾。我国《刑事诉讼法》规定自诉制度在很大程度上是受此观念的影响，即通过自诉程序正

确处理所诉人民内部矛盾。

（二）自诉案件的范围

自诉案件一般是事实清楚、危害轻微的刑事案件，我国《刑事诉讼法》第 170 条规定的前两项自诉案件即属此种情况，其范围已在本书职能管辖部分作过介绍，在此不再赘述。需要强调的是我国《刑事诉讼法》第 170 条第 3 项，即被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。此类案件本质上不宜划人自诉案件的范围或者可以说是广义上的自诉案件。此规定确立了所谓“公诉转自诉”程序，强调了被害人自诉权对公诉权的制约，以防公诉专断并维护公民合法权益。

（三）自诉的提起

提起自诉涉及三个方面的内容：

1. 提起自诉的主体。自诉案件的实体原告或实体当事人之一是刑事被害人，但提起自诉的主体强调的是程序当事人，这就意味着提起自诉不仅仅限于刑事被害人。对于其他有权提起自诉的，《刑事诉讼法》第 88 条作了明确规定，即被害人死亡或丧失行为能力的，被害人的法定代理人和近亲属有权向人民法院起诉。这里的“丧失行为能力”应当作无行为能力理解，包括因未成年而无行为能力和因精神障碍而丧失行为能力两种情况。此外，提起自诉的被害人不仅包括自然人，也包括单位。

2. 提起自诉的条件。有六个方面：一是自诉必须由被害人及其法定代理人或近亲属提起；二是自诉要有明确的被告人，自诉人必须向法院提供确定的被告人的姓名、性别、住址、工作单位等个人情况，便于法院通知被告人应诉；三是案件属于人民法院直接受理的范围；四是自诉必须在追诉时效期限内提出；五是属于受诉人民法院管辖；六是有具体的诉讼请求和能证明被告人犯罪事实的证据。

3. 提起自诉的程序。主要包括两个环节：一是起诉，二是受理。对于符合起诉条件的，人民法院应决定立案，并书面通知自诉人或代为告诉人。《高法解释》第 193 条还特别规定，自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提出自诉的，人民法院应当受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利。判决宣告后自诉人又对其他共同侵害人就同一事实提出自诉的，人民法院不再受理。共同被害人中只有部分人告诉的，人民法院应当通知其他被害人参加诉讼。被通知人接到通知后表示不参加诉讼或者不出庭的，即视为放弃告诉权利。第一审宣判后，被通知人就同一事实又提起自诉的，人民法院不予受理。但当事人另行提起民事诉讼的，不受该解释限制。

（四）自诉案件审理程序的特点

根据我国《刑事诉讼法》第 172、173、174、176 条的规定，自诉案件的第一审程序具有以下特点：

第一，对告诉才处理、被害人有证据证明的轻微刑事案件，可以适用简易程序，由审判员一人独任审判，并可以进行调解。

第二，自诉案件在审理过程中，宣告判决前，自诉人可以同被告人自行和解或撤回自诉。凡自诉人自愿撤回的自诉案件，除有正当理由外，自诉人不得就同一案件再行起诉。经两次合法传唤，自诉人无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，应当按撤诉处理。自诉人是两人以上的，其中部分人撤诉，不影响案件的继续审理。

第三，自诉案件的被告人在诉讼过程中可以对自诉人提起反诉。此种反诉指刑事反诉，即自诉案件的被告人作为被害人控告自诉人犯有与本案有牵连的犯罪行为并要求追究其刑事责任的诉讼请求。反诉须具备三个条件：一是反诉的被告人必须是本案的自诉人；二是反诉的案件必须与本案有牵连；三是反诉的内容必须是属于人民法院直接受理的案件。反诉适用自诉的规定，人民法院原则上应将反诉与自诉合并审理。自诉人撤诉不影响对反诉的继续审理。

二、刑事简易程序

（一）刑事简易程序的概念和意义

刑事简易程序是刑事诉讼普通程序的简化形式。从理论上讲，刑事简易程序只适用于证据简明的刑事案件，简化则主要指相对于普通程序来说省略掉那些主要为查清犯罪事实而设置的一些诉讼程序。现代世界多数国家的刑事诉讼法都规定了简易程序。然而，由于不同国家国情的差异以及刑事案件发案数和对刑事简易程序认识程度的不同，各国对刑事简易程序的规定都有自己的特点。在我国，根据现行《刑事诉讼法》关于简易程序的规定，刑事简易程序是指第一审程序中的基层人民法院在审理某些简单、轻微的刑事案件时所依法适用的，较普通程序相对简化的程序。它主要具有以下特点：

第一，刑事简易程序主要在第一审程序中适用。这是因为，第一审普通程序是最典型的审判程序，在司法实践中的适用率较之第二审程序、死刑复核程序和审判监督程序要高得多，显然，对第一审普通程序进行更多的简化对于提高办案效率具有更重要的意义。第二审程序、审判监督程序以及死刑复核程序均不能适用简易程序。

第二，刑事简易程序适用案件的范围决定了简易程序在基层人民法院适用。根据《刑事诉讼法》第 174 条规定的案件适用范围和《刑事诉讼法》第一编第二章关于管辖的规定，适用简易程序的简单、轻微案件属于基层人民法院的受案范围。中级以上人民法院管辖的案件一般均为重大、复杂的案件，因此，不能适用简易程序。

刑事简易程序的意义体现为以下几个方面：

第一，刑事简易程序有利于提高诉讼效率。简易程序的一个明显特征就是诉

讼期限大幅度缩短，这就自然提高了单位时间内的办案量，从而提高了诉讼效率。司法实践中，证据简明的轻刑事案件占整个刑事犯罪案件的多数，因而通过实行简易程序来提高诉讼效率具有更重要的现实意义。第二次世界大战以后，西方国家的犯罪率不断上升，犯罪已成为西方国家的严重问题，形成所谓世界范围内的“诉讼爆炸”[①]，而烦琐的诉讼程序又使案件大量积压，成为社会的一大顽症，于是，广泛采用简易程序已成为当今世界刑事诉讼发展的基本趋势之一，如美国以辩诉交易的方式解决了近90%的刑事案件。我国的犯罪率虽然低于西方国家，但犯罪绝对数并不少，目前我国的刑事司法总的方面也存在较为严重的财政投入不足、人手少、装备差、人员素质低等现象，而改革开放以来犯罪的总的形势又较为严重，近年来又出现所谓新的犯罪高峰。[②] 长期以来，由于我国没有刑事诉讼简易程序，所有刑事案件几乎都按一种程序处理，造成了不必要的诉讼拖延，再加上刑事犯罪形势的日益严峻，使得这样的拖延愈加严重，直接影响了打击犯罪和公民权利的保护，因而，采用简易程序，对于提高我国刑事诉讼效率同样具有十分重要的意义。

产生于美国并以美国最为发达的辩诉交易（plea bargaining）制度，是指法官对控辩双方达成的定罪量刑协议予以正式审查并予以确认的简易审判程序辩诉交易（plea bargaining），又称为答辩谈判（plea negotiation）、答辩协议（plea agree-

---

① 资料显示，美国1983年仅仅联邦地方法院受理的案件是1960年的3倍多，达280 000件，增长率为250%。意大利区法院1987年受理民事案件48 915件，平均每位法官办案570余件；地方法院全年受理的案件316 010件，平均每位法官办案250件。法国从1975—1995年的20年间，法院受理的一审民事和商事案件增长了120%，积案增长300%。我国台湾地区，1994—1997年间，“最高法院”受理案件数从16 203件增加至20 310件；“高等法院”及其分院受理案件从89 416件增加至94 429件；地方法院受理案件从1 895 676件增加至3 025 710件。我国1990—1999年的10年间，全国法院共受理一审案件4 249万件，年均受案424.9万件，为此前13年平均数的3.4倍，而且积案居高不下。据中新网2000年9月28日消息，最高人民法院常务副院长祝铭山称：全国法院清理积案的工作虽取得进展，但仍面临严峻形势，2000年1月至7月，全国法院结案率达69.43%，比上年同期增加了3.15个百分点，但到该年7月底前，全国法院未结案的仍有185万件。参见何兵：《纠纷解决机制之重构》，载《中外法学》，2002（1）。单就刑事案件来说，第二次世界大战后西方国家的犯罪率不断上升。英国从20世纪50年代初开始犯罪率就一直上升，1967年犯罪总数为1 200 000起，1977年超过2 400 000起，为1967年的两倍。从20世纪50年代中期开始，英国全国的暴力犯罪案件平均每年增加11%，谋杀罪1967年较1957年增加了4倍多。美国的杀人、抢劫、强奸等七种重大案件，1952年发生2 036 510起，1964年发生2 600 000起，1975年发生11 256 600起，1984年则高达12 070 200起，1984年比1952年增加了5倍多。日本在第二次世界大战后的3年，违反刑法的犯罪率就提高了1倍。参见陈光中主编：《外国刑事诉讼程序比较研究》，30～31页，北京，法律出版社，1988。

② “严打”以来，全国公安机关刑事立案数逐年下降至1984年的514 369起，此后又回升至1988年的827 594起；1989年开始急剧上升，至1991年竟达2 365 709起，此后又回落，至1997年基本稳定在160多万起，呈居高不下之势；从1998年起又开始急剧上升，达198.6万起，2000年又上升至224.9万起（参见《中国法律年鉴》），出现了我国第四次犯罪高峰。

ment)，是指被告方（包括被告人及其律师）与指控方之间达成的一种协议。这种协议的前提是被告方表示认罪，作认罪答辩；而控诉方则相应地以撤销部分指控、降格控诉或建议法官从轻判刑等许诺作为交换。20 世纪 60 年代中期辩诉交易经美国联邦最高法院确认为合法程序。根据《美国联邦刑事诉讼规则》第 11 条（e）款之规定，检察官与辩护律师之间或者与被告之间可以进行讨论以达成协议，即被告人对被指控的犯罪或者轻一点的犯罪或其他相关犯罪作承认有罪的答辩或不愿辩护也不承认有罪的答辩，检察官应做下列事项：（1）提议撤销其他指控；（2）建议法庭判处被告人一定刑罚，或者同意不反对被告人请求判处一定刑罚，并使被告人理解检察官的建议或被告人的请求对法庭均没有拘束力；（3）同意某一具体判决是对该案件的恰当处理。法官不参与双方的谈判。谈判达成协议后应通知法庭。法庭应要求在法庭公开宣布该答辩协议并记录在案；如果有充足的理由也可以不公开进行。该答辩协议对法庭没有硬性约束力。法庭可以接受，也可以拒绝该协议。如果接受该协议，应当通知被告人准备按协议定罪量刑；如果拒绝该协议，应当通知被告人并记录在案，被告人可以撤回答辩。对于答辩协议，法律规定了一些要求：（1）法官必须确信该辩诉交易是在自觉自愿且有事实的基础上作出的；（2）法官必须保证被告人了解作认罪答辩的后果，知道他在放弃他的被公审的权利后承认有罪。美国联邦最高法院主张："如果被告受到检察官巨大承诺的引诱而表示服罪，检察官不应当违背诺言。由于联邦法院量刑为司法的功能，故检察官不能向被告作出特定刑罪的承诺。被告人在辩诉交易中所作的认罪答辩和相关的商讨在后来的审理中不能用来反对被告人。"①

第二，刑事简易程序贯彻了诉讼经济原则。诉讼经济原则即诉讼的效益原则，追求用最小的诉讼投入取得最大的诉讼收入，或者是在保证办案质量的前提下尽量减少诉讼投入。诉讼投入是多层次的，而诉讼的经济投入即诉讼人力、物力的投入占其中的很大比例，还包括诉讼的负价值等，如当事人因诉讼而耽误工作，以及因诉讼拖延产生精神压力等。简易程序在保证了证据简明案件的办案质量的前提下，缩短了诉讼期限，并简化了审判组织和诉讼参加人，自然减少了"司法资源"的浪费，节省了人力、物力，并减少了因诉讼拖延引起的诉讼负价值，有效地贯彻了诉讼经济原则。我国现在还处在社会主义初级阶段，虽然经济发展速度很快，但无论是国家财政收入还是公民个人收入，与西方发达资本主义国家相比仍存在很大差距，这就决定了我们无论是国家还是个人均不可能在诉讼上投入很多的人力、物力，因而采用简化程序更符合我国国情，更具有现实意义。

第三，刑事简易程序便于公民诉讼。便于公民诉讼一直是我国司法工作的基本原则之一，实行诉讼程序的简化在某种程度上讲是便利公民诉讼的一个最有效

---

① 宋世杰等：《比较刑事诉讼法学》，278～279 页，长沙，中南工业大学出版社，2000。

的体现，这是因为简易程序避免了诉讼拖延和诉讼浪费，为当事人节省了时间、人力和财力，很受人民群众欢迎。也正因为如此，实行简易程序是我国人民司法工作的优良传统，这个传统一直体现在我国从新民主主义革命时期就开始建立的人民司法制度当中。

（二）刑事简易程序的适用范围

简易程序的适用范围，是指简易程序适用的案件范围。从理论上讲，简易程序是针对证据简明的案件而设立的，由此看来，简易程序应当是适用于所有的证据简明的案件，包括证据简明的重罪案件。然而，考虑到保护人权和法制宣传效果，简易程序一般不宜适用于重罪案件。现代世界绝大多数国家的简易程序只适用于简单、轻微的案件，如日本法院适用简易公审程序审理的案件是可判处 1 年以下惩役或监禁的案件；德国法院适用简易程序判处的刑罚预期是 1 年以下的有期徒刑，适用简易处刑命令程序的限于判处罚金或 3 个月以下拘役的案件；英国治安法院按简易程序审理的案件只能判处 6 个月的监禁或罚金；法国法院按简易程序审理的案件限于违警罪，即判处 2 个月以下的徒刑或 2 000 法郎以下罚金的案件。

我国刑事诉讼简易程序适用的案件范围同样是简单、轻微的案件。根据《刑事诉讼法》第 174 条的规定，人民法院对下列案件可以适用简易程序：

1. 依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制、单处罚金的公诉案件。可见，采用简易程序审理的案件判处的刑罚最高刑是 3 年有期徒刑，同时也可以适用于所有的可判处拘役、管制和单处罚金的案件。此外，根据刑事诉讼法的规定，对此类案件适用简易程序还须具备两个条件：一是案件事实清楚、证据充分。首先要求主要犯罪事实清楚、证据充分，即构成犯罪的各种事实要件清楚、证据充分；其次说明犯罪轻重的情节基本查清。二是人民检察院建议或者同意适用简易程序。根据 2003 年 3 月最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，对于同时具有下列情形的公诉案件，可以适用简易程序审理：（1）事实清楚、证据充分；（2）被告人及辩护人对所指控的基本犯罪事实没有异议；（3）依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或者单处罚金。

2. 告诉才处理的案件。

3. 被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件。

需要说明的是，上述后两项犯罪属于自诉案件范围，根据《刑事诉讼法》第 176 条的规定，人民法院对自诉案件可以适用简易程序审理，同时可以采用《刑事诉讼法》对审理自诉案件规定的有关程序。另外需要明确的是，并非所有的自诉案件都可适用简易程序审理，比如《刑事诉讼法》第 170 条规定的“被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件”，就不能适用简易程序审

理。《高法解释》第 222 条规定，人民法院审理具有以下情形之一的案件，不应当适用简易程序：（1）公诉案件的被告人对起诉指控的犯罪事实予以否认的；（2）比较复杂的共同犯罪案件；（3）被告人是盲、聋、哑人的；（4）辩护人作无罪辩护的；（5）其他不宜适用简易程序的。

（三）刑事简易审判程序的提起

根据《刑事诉讼法》的规定，提起简易程序应有下列三个程序要件：

第一，人民检察院建议适用简易程序。根据《刑事诉讼法》第 174 条的规定，对于依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的，事实清楚、证据充分的公诉案件，人民检察院才能建议适用简易程序。当然，如果人民检察院的建议法院不同意，也不能适用简易程序。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，人民检察院建议适用简易程序的，应当制作“适用简易程序建议书”，在提起公诉时，连同全案卷宗、证据材料、起诉书一并移送人民法院。人民法院认为依法不应当适用简易程序的，应当书面通知人民检察院，并将全案卷宗和证据材料退回人民检察院。

第二，人民法院建议适用简易程序。人民法院的建议是针对人民检察院而言的。对于检察院起诉的案件，如果法院认为可以适用简易程序，可向检察院提出建议，如果检察院同意适用简易程序就可按简易程序审理。当然，法院建议适用简易程序也是针对依法可能判处 3 年以下有期徒刑、拘役、管制或单处罚金的事实清楚、证据充分的公诉案件。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，对于人民检察院没有建议适用简易程序的公诉案件，人民法院经审查认为可以适用简易程序审理的，应当征求人民检察院与被告人、辩护人的意见。人民检察院同意并移送全案卷宗和证据材料后，适用简易程序审理。

第三，人民法院决定适用简易程序。根据《刑事诉讼法》第 174 条的规定，对于告诉才处理和被害人起诉的有证据证明的轻微刑事案件，可以适用简易程序。此种情况下，可由法院依职权决定适用简易程序。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，对于公诉案件，人民法院在征得被告人、辩护人同意后决定适用简易程序的，应当制作“适用简易程序决定书”，在开庭前送达人民检察院、被告人及辩护人。

（四）刑事简易审判程序的特点

根据《刑事诉讼法》的规定，人民法院按简易程序审判案件，其审判程序具有以下特点：

第一，刑事简易程序的审判组织实行独任制。根据《刑事诉讼法》第 147 条和第 174 条的规定，简易程序的审判组织形式是审判员一人独任审判。现代世界各国的简易程序的审判组织一般也实行独任制。

第二，适用简易程序审理公诉案件，人民检察院可以不派员出席法庭。司法

实践中，检察院不派员出席法庭的此类案件，一般是影响定罪量刑的所有事实、情节均十分清楚，证据又确实、充分的案件。法庭审判时，由审判员宣读起诉书，被告人可以就起诉书指控的犯罪进行陈述和辩护。如果人民检察院派员出席法庭的，经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同公诉人互相辩论。《高法解释》第226条规定，适用简易程序审理的案件，被告人委托辩护人的，辩护人可以不出庭，但应当在开庭审判前将书面辩护意见送交人民法院。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，适用简易程序审理公诉案件，除了人民检察院监督公安机关立案侦查的案件，以及其他人民检察院认为有必要派员出庭的案件外，人民检察院可以不派员出庭。

第三，审理程序灵活掌握。简易审判程序较之一般程序具有简便、灵活的特点。根据《刑事诉讼法》第177条的规定，适用简易程序审理案件，不受第一审普通程序关于讯问被告人，询问证人、鉴定人，出示证据，法庭辩论程序规定的限制。根据此规定，审理时应灵活掌握程序，以简便为原则，比如法庭调查、法庭辩论等阶段可以不加严格区分，可以只就有疑问的地方进行辩论，但在判决宣告前应听取被告人的最后陈述意见。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意见》，被告人自愿认罪，并对起诉书所指控的犯罪事实无异议的，法庭可以直接作出有罪判决。对于适用简易程序审理的公诉案件，人民法院一般当庭宣判，并在5日内将判决书送达被告人和提起公诉的人民检察院。对于自愿认罪的被告人，人民法院酌情予以从轻处罚。

第四，快速审结。刑事简易程序之所以简易的最终标志就是审理速度快，审理期限大幅度缩短。根据《刑事诉讼法》第178条的规定，适用简易程序审理案件，人民法院应当在受理后20日以内审结，法定的20日是最长期限。在司法实践中，以当庭审判的居多，实际审理期限更短。

第五，发现不宜适用简易程序时，应按一般程序重新审理。根据《刑事诉讼法》第179条的规定，人民法院在审理过程中，发现不宜适用简易程序的，应当按第一审普通程序重新审理。重新审理的理由一般包括以下三个方面：一是存在事实不清、证据不足的情况，需要作详细调查，或者案件事实、证据存在较大争议；二是依法可能判处3年以上有期徒刑，不能在20日以内审结的；三是存在《刑事诉讼法》第165条规定的延期审理情形的，如人民检察院发现被告人有新的犯罪事实，需要追加起诉的。《高法解释》第229条规定，适用简易程序审理的案件，在法庭审理过程中，发现以下不宜适用简易程序情形的，应当决定中止审理，并按照公诉案件或者自诉案件的第一审普通程序重新审理：（1）公诉案件被告人的行为不构成犯罪的；（2）公诉案件被告人应当被判处3年以上有期徒刑的；（3）公诉案件被告人当庭翻供，对起诉指控的犯罪事实予以否认的；（4）事实不清或者证据不充分的；（5）其他依法不应当或者不宜适用简易程序的。根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用简易程序审理公诉案件的若干意

见》，转为第一审普通程序重新审理的公诉案件，人民法院应当在3日内将全案卷宗和证据材料退回人民检察院。人民检察院应当在收到上述材料后5日内按照普通程序审理公诉案件的法定要求，向人民法院移送有关材料。

（五）普通程序简化审

需要特别强调的是2003年3月最高人民法院、最高人民检察院、司法部推出的所谓“适用普通程序审理‘被告人认罪案件’”的程序。[①] 此简易程序类似于认罪答辩程序，它对于提升刑事诉讼效率具有极为重要的意义。

普通程序简化审制度的出台除了因为法院受到刑事案件增长的巨大压力外，另一个重要的原因可以说来源于我国审判机关对刑事诉讼证人普遍不出庭作证的深层原因的深刻反思。刑事诉讼证人不出庭堪称我国刑事审判的一大奇观，据资料显示，全国法院刑事案件审判证人出庭的比例不足全部案件的5%，绝大部分案件的审判以宣读书面证言为主。对于此现象，理论界多从证人本身及有关的配套制度的改革方面进行分析探讨：一是证人担心作证会招致报复；二是证人怕麻烦，认为“多一事不如少一事”；三是证人因作证产生的经济花销无法得到补偿。以此为基础，主张加强对证人的教育和保护，对证人的花销给予足够报销，对拒不作证的证人采取拘传等强制措施等。此种分析与建议均十分重要，如能推行，对保护证人出庭作证会起到较大的积极作用。但刑事诉讼证人出庭难的以下三个方面的问题不能不予以关注：一是实践中法院审判的大部分或者绝大部分案件的被告人对起诉书指控的基本事实无异议，从案件的实际需要来讲，证人没有必要出庭。不少审判员认为，大部分甚至绝大部分案件事实、证据无疑义，被告人本人也供认不讳，传唤证人出庭作证实际上浪费了人力、物力和时间。某法院一名刑庭审判员说，主要问题不在于证人不愿出庭，而是法院认为证人确实没有必要出庭，不是证人不积极，而是法院不积极。二是法院传唤证人很难，证人往往找各种借口推脱，但控辩双方在庭外对证人做工作后证人出庭的积极性明显增强，不少由控、辩方私下做过工作的证人在为辩方或控方出庭作证时，没有经济补偿也愿意出庭作证。[②] 三是控方往往阻挡证人出庭作证。这种情形多表现为证人给检察院提供证言笔录后，提出改变证言要求（经了解，部分情况证人在检察院提供证言时被检察院部分检察员施行了强迫手段甚至暴力取证手段，律师询问这些证人后发现证言不实而要求证人如实提供证言并出庭作证；部分情况是检察员并未施用强

---

① 司法实践中普遍称其为普通程序简化审或普通程序简易审。

② 对于此种现象，我们认为是一个重要问题，它反映了这样一个问题，即传唤证人出庭本质上应充分发挥控辩双方的积极性，这也符合刑事诉讼控辩平等对抗的结构要求。传唤证人实质上是控辩双方的事情，法官的作用在于保证这种权利（同时也是义务）的实现，证人在诉讼程序结构中，理应分为控方证人和辩方证人，而不可能存在法院证人。现行刑事诉讼法并未将证人进行此种划分，不符合刑事诉讼的发展潮流，建议刑事诉讼法规定传唤证人由控辩双方各自进行。只有在特殊情况下，比如重要证人拒不出庭，经控、辩方申请可由法院传唤。

迫手段或暴力取证手段，但证人突然提出改变证言），检察院部分承办人员担心证人出庭会暴露侦查中的部分违法现象，也担心证人改变证言会导致公诉失败，因而对证人采取限制出庭手段：有的是与法院事先联系、协调，由法院决定不传唤证人；有的则直接警告证人，如改变证言将以伪证罪追究刑事责任，甚至派人在法庭外等候，随时准备逮捕证人。[①] 上述第一种现象带有普遍性和根本性。那么，我国存在这种现象，国外就不存在吗？西方绝大多数国家在坚持言词原则或禁止传闻证据规则的情形下，几乎所有开庭正式审判的案件都能够传唤证人出庭作证，它们是否在大部分或绝大部分案件中都在浪费人力、物力和时间？事实并非这样。以英美法系国家为例，于大部分事实清楚的案件在认罪答辩程序中只要被告人对指控的主要事实（即谁是作案人）无异议就不再正式开庭审判，美国更实行辩诉交易的简便方式（控辩双方达成定罪量刑协议后法官认可即结案），在这种情形下，证人根本无须出庭。我国刑事诉讼法虽规定了简易程序，但无论是简易程序还是普通程序，均没有认罪答辩程序，这就必然造成大部分甚至绝大部分刑事案件的审判在被告人对基本事实无异议的情形下仍要按部就班地进行。被告人已经承认了指控，仍然要一件一件出示证据，审判程序显得十分啰嗦甚至滑稽，也难怪一些审判员不想传唤证人出庭作证。可见，根本的问题还是要引进认罪答辩程序。现在，全国法院刑事审判证人出庭率不足5%，有些地方甚至只有3%。如果引进认罪答辩程序，可以使法院在对大部分甚至绝大部分刑事案件审理时不必传唤证人出庭，那么，这个5%或是3%将变成相对合理的比例。目前，法院系统兴起的刑事普通程序的简易化改革，一方面暴露了现行已有的简易程序不能适应司法实践的需要，另一方面也使我们看到引进认罪答辩程序的希望。事实上，目前刑事普通程序的简易化改革的实质是不自觉地围绕着采用类似于西方认罪答辩程序的方法而展开的。比如有些法院在对刑事普通程序简易化改革时，采用被告人对起诉书指控的事实无异议时即不再出示证据的方法，显然包含着认罪答辩程序的味道。

根据最高人民法院、最高人民检察院、司法部《关于适用普通程序审理“被告人认罪案件”的若干意见（试行）》，适用普通程序审理“被告人认罪案件”的

---

① 对于此种现象，我们认为不带有普遍性，但法院与控方的私下接触在刑事审判中是较为突出的，这是一个涉及法院独立审判、法官素质乃至审判纪律的综合性问题，需要逐渐予以扭转，直接的措施可由刑事诉讼法明确规定，对于控辩各方要求传唤的证人，法院不得以任何理由拒绝。至于控方以伪证罪威胁证人问题，关键的问题似乎涉及伪证罪构成问题。我国刑法规定的伪证罪是指在刑事诉讼中，证人、鉴定人、记录人、翻译人对与案件有重要关系的情节，故意作虚假的证明、鉴定、记录、翻译，意图陷害他人或隐匿罪证的行为。参照其他国家的有关规定，伪证罪宜限于给法官作伪证，不应把它适用于侦查起诉阶段，这是因为审判是刑事诉讼的中心环节，在庭审中给法官作伪证危害性、危险性最大，而且作证的典型意义应是庭上作证而非庭下作证。如果采用此规定，检察人员将失去以伪证罪威胁证人的主要理由。

程序制度（以下简称普通程序简化审）包括以下内容：

第一，普通程序简化审的适用范围。对于被告人对被指控的基本犯罪事实无异议，并自愿认罪的第一审公诉案件，一般适用该意见审理。对于指控被告人犯数罪的案件，对被告人认罪的部分，可以适用该意见审理。下列案件不适用该意见审理：被告人系盲、聋、哑人的；可能判处死刑的；外国人犯罪的；有重大社会影响的；被告人认罪但经审查认为可能不构成犯罪的；共同犯罪案件中，有的被告人不认罪或者不同意适用该意见审理的；其他不宜适用该意见审理的案件。

第二，普通程序简化审的启动。人民检察院对于符合适用该意见审理的案件，可以在提起公诉时书面建议人民法院适用该意见审理。对于人民检察院没有建议适用该意见审理的公诉案件，人民法院经审查认为可以适用该意见审理的，应当征求人民检察院、被告人及辩护人的意见，人民检察院、被告人及辩护人同意的，适用该意见审理。人民法院在决定适用该意见审理案件前，应当向被告人讲明有关法律规定、认罪和适用该意见审理可能导致的法律后果，确认被告人自愿同意适用该意见审理。人民法院对决定适用该意见审理的案件，应当书面通知人民检察院、被告人及辩护人。

第三，普通程序简化审的审理方法。对于决定适用该意见审理的案件，人民法院在开庭前可以阅卷。对适用该意见开庭审理的案件，合议庭应当在公诉人宣读起诉书后，询问被告人对被指控的犯罪事实及罪名的意见，核实其是否自愿认罪和同意适用该意见进行审理，是否知悉认罪可能导致的法律后果。对于被告人自愿认罪并同意适用该意见进行审理的，可以对具体审理方式作如下简化：其一，被告人可以不再就起诉书指控的犯罪事实进行供述。其二，公诉人、辩护人、审判人员对被告人的讯问、发问可以简化或者省略。其三，控辩双方对无异议的证据，可以仅就证据的名称及所证明的事项作出说明。合议庭经确认公诉人、被告人、辩护人无异议的，可以当庭予以认证。对于合议庭认为有必要调查核实的证据，控辩双方有异议的证据，或者控方、辩方要求出示、宣读的证据，应当出示、宣读，并进行质证。其四，控辩双方主要围绕确定罪名、量刑及其他有争议的问题进行辩论。此外，适用该意见审理案件时，应当严格执行刑事诉讼法规定的基本原则和程序，做到事实清楚，证据确实、充分，切实保障被告人的诉讼权利。对于自愿认罪的被告人，人民法院酌情予以从轻处罚。对适用该意见审理的案件，人民法院一般当庭宣判。适用该意见审理案件过程中，发现有不符合该意见的规定的情形的，人民法院应当决定不再适用该意见审理。

第三节　判决、裁定与决定

法院在审理刑事案件的过程中或审理结束时，常常需要对案件中的某些实体问题或程序问题作出决断，并且这些决断，对当事人以及其他个人或单位具有不

同程度的拘束力，这些具有拘束力的决断或处理往往表现为三种形式，即判决、裁定和决定。我国《刑事诉讼法》及有关司法解释对刑事判决、裁定和决定作了较为具体的规定。

一、判决

判决是人民法院对案件的实体问题所作的处理和决定。刑事判决解决的是认定犯罪事实、确定罪名以及量刑这样的实体问题，因而它是人民法院代表国家行使审判权的主要体现。

根据《刑事诉讼法》第162条的规定，人民法院的刑事判决分为有罪判决和无罪判决两种。有罪判决表现为处刑判决和免刑判决：前者指既要认定事实、确定罪名，也要确定刑罚；后者指只认定事实、确定罪名而不判处刑罚。

1999年4月6日，最高人民法院审判委员会第1051次会议通过了《法院刑事诉讼文书样式》(样本)，并决定于1999年7月1日起实施。根据会议的决定和通过的样本，判决书的结构由首部、事实、理由、判决结果和尾部五个部分组成，其中，事实和理由是判决的核心，事实是判决的基础，是判决理由和判决结果的根据。按照样式的要求，刑事判决书事实部分的内容包括四个方面：人民检察院指控被告人犯罪的事实和证据；被告人的供述、辩解和辩护人的辩护意见及有关证据；经法官审理查明的犯罪事实；经庭审举证、质证认定犯罪事实的证据。理由是判决的灵魂，具体包括认定事实的理由、确定罪名的理由和确定具体刑罚的理由。

二、裁定

裁定是人民法院在审理案件过程中和判决执行过程中，对诉讼程序问题和部分实体问题所作的决定。

裁定与判决的区别具体表现在：(1) 适用对象不同。判决解决的是案件的实体问题，而裁定主要解决的是程序问题。(2) 适用范围不同。判决只限于审判终结，包括第一审、第二审和依审判监督程序再审终结时适用；裁定的适用范围较为广泛，它适用于整个审判和执行程序的全过程。(3) 适用方式不同。判决必须用书面形式，裁定则可以采用书面和口头两种形式。(4) 上诉、抗诉期限不同。不服判决的上诉、抗诉期限为10日，不服裁定的上诉、抗诉期限为5日。

根据刑事诉讼法的规定，人民法院适用裁定解决的某些程序问题主要指：《刑事诉讼法》第80条所规定的当事人由于不能抗拒的原因或者有其他正当理由而耽误诉讼期限的，在障碍消除后，申请继续进行应当在期满以前完成的诉讼活动，人民法院对该项申请是否准许，可以适用裁定；《刑事诉讼法》第171条规定的关于缺乏罪证的自诉案件，如果自诉人提不出补充证据，应当说服自诉人撤回自诉，或者适用裁定驳回自诉；第二审人民法院维持原判或者撤销原判发回重审等，可

以适用裁定。人民法院适用裁定解决的部分实体问题主要指在执行阶段，人民法院适用裁定依法减刑、假释等。

三、决定

人民法院在诉讼过程中所作的决定是依法就有关诉讼程序问题所作的一种处理方式。根据刑事诉讼法的规定，决定主要适用于：（1）解决申请回避问题；（2）适用各种强制措施或变更强制措施；（3）延长侦查中羁押犯罪人的期限；（4）在庭审过程中，解决当事人和辩护人、诉讼代理人申请通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验等；（5）关于延期审理。

决定和裁定的区别主要表现为：（1）适用范围不同。在什么情况下适用决定，什么情况下适用裁定，区别在于是否涉及上诉、抗诉问题，凡是不涉及上诉、抗诉问题的适用决定，反之适用裁定。（2）生效时间不同。为了保证诉讼效率，绝大多数决定一经作出立即生效，不允许上诉和抗诉。某些决定，如驳回申请回避的决定、罚款的决定等，为保护当事人合法权益，纠正可能出现的错误，法律允许当事人申请复议一次。（3）裁定一般使用书面形式，少数情况下使用口头形式；而决定一般情况下使用口头形式，少数情况下使用书面形式。

【问题与思考】

1. 第一审程序在刑事审判程序中的地位是什么？
2. 我国刑事第一审程序开庭前对公诉的审查是何种性质的审查？
3. 我国刑事第一审程序开庭审判的条件是什么？
4. 我国刑事第一审程序法庭审判包括哪几个步骤？
5. 我国刑事第一审程序法庭审判之开庭要履行哪些程序？
6. 我国刑事第一审程序在哪些方面吸收了当事人主义审判方式的合理因素？
7. 英美法系国家刑事审判之交叉询问的基本规则是什么？
8. 我国刑事第一审程序中合议庭评议后应分别情形作出哪些判决？
9. 在我国刑事第一审程序中，如果诉讼参与人或者旁听人员违反法庭秩序，合议庭应如何处理？
10. 在我国刑事第一审程序中，如果人民检察院认为人民法院有违反法律规定的诉讼程序的情况，应如何处理？
11. 为什么说自诉与公诉并无本质区别？
12. 我国自诉案件审理程序的特点是什么？
13. 我国刑事简易程序的特点是什么？

14. 我国刑事简易程序的适用范围是什么？

15. 我国刑事诉讼中的裁定适用于哪些情形？

16. 案例分析：

[案例一] 刘某等6名被告人结伙抢劫作案19次，先后行凶致伤4人，劫得现金财物总计达6万元。本案由某市人民检察院于1998年11月向某市中级人民法院移送起诉。市中级人民法院接案时认为本案案情重大，影响面广，为维护法制、教育公民，决定在某人民剧场进行公开审判，并发出旁听证三百余张。开庭前法院考虑到本案事实清楚，证据确凿，情节特别严重，为节省时间，实现当庭宣判，不致让旁听群众失望，由院长提交审判委员会讨论，认定了事实（与起诉书相同），并决定判处刘某、张某死刑，其他4名被告分别被判处无期徒刑及15年以下有期徒刑。会后，合议庭依据审判委员会的决定，开庭前一天就写了当庭宣判的判决书。第二天上午8点半在某人民剧场准时开庭，法庭审判只历时3小时即审理完毕，审判长当庭宣读了判决书。法庭审理过程中，几名辩护律师对案件的基本事实无异议，只在主犯、从犯的认定上发表了辩护意见。宣判后除刘某、张某表示上诉外，其他被告均表示不上诉。闭庭后，旁听群众普遍认为判得好，打击了犯罪，伸张了正义，维护了法制。

问题：本案的审理过程存在哪些问题？为什么？

[案例二] 1999年3月4日，某县人民检察院向县人民法院起诉李某盗窃一案，起诉的犯罪事实是：1998年1月20日凌晨2时，被告人李某翻窗入室，盗窃县百货公司现金2 500元。在县人民法院法庭审理过程中，审判人员讯问李某时，李某除了交代上述作案事实外，还主动交代了他于1997年5月14日盗窃县畜牧站现金3 000元的事实。经休庭调查、核实，证明李某盗窃县畜牧站3 000元的事实确实存在。继续开庭后，经审理，一并认定两次盗窃共5 500元，法院以盗窃罪数额巨大，判处李某有期徒刑5年。

问题：县人民法院的审理程序有何错误？请提出正确的解决办法。

第十七章 第二审程序

第一节 第二审程序的概念和意义
一、第二审程序的概念和特征
二、第二审程序的功能和意义

第二节 第二审程序的提起
一、第二审程序发生的原因
二、提起第二审程序的主体
三、提起第二审程序的期限和程序
四、提起第二审程序的理由

第三节 第二审程序的审判
一、第二审程序的审判原则
二、第二审程序的审判方式
三、对上诉或抗诉案件的处理

本章概要

一锤定音、不容置疑的刑事裁判，即使正确无误，也难脱司法专横之嫌。何况法官并非圣人先知，而是凡夫俗子，初审裁判错误难免发生。于是，便需要作为救济途径的第二审程序。第二审程序既是发现并纠正第一审裁判错误之必需，又有程序公正之独立价值。第二审程序不是第一审程序的简单重复，而是对第一审程序的过程与结果的高层次检验。特殊的审判任务、特殊的审判原则和审理方式，构成了第二审程序不同于第一审程序的特色。

关键术语

全面审查原则　上诉不加刑　不开庭审理　发回重审

第一节　第二审程序的概念和意义

虽然有了这些查核的规定和对不存在合理怀疑的证据的要求，但是数量惊人的对无罪者的千真万确的判决仍然存在。

——【美】罗·庞德

一、第二审程序的概念和特征

第二审程序是相对于第一审程序而言的，因其主要由当事人的上诉而引起，故而又称上诉审程序。所谓第二审程序，是指第一审人民法院的上一级人民法院根据上诉人的上诉或人民检察院的抗诉，依法对第一审人民法院的判决或裁定尚未发生法律效力的案件进行重新审判的程序。第二审程序以第一审程序为基础，又是独立的审判程序，其任务是审查并纠正第一审程序中的实体错误或程序错误。无论实行何种审级制度，世界各国均设有第二审程序。在两审终审制下，与第一审程序相比，第二审程序有如下主要特征：

1. 第二审程序只能由不服第一审法院裁判的当事人或公诉机关提起，其他任何机关或个人都不能发动第二审程序。

2. 第二审程序的审判法院只能是作出第一审裁判的法院的上一级法院，其他任何法院都不能进行第二审程序。

3. 第二审程序的审判对象是已经经过第一审程序裁判，但裁判又尚未发生法律效力的案件，未经一审裁判或一审裁判已经生效的案件不能成为第二审程序的审判对象。

4. 第二审程序是终审程序，所作出的裁判是终审的裁判。裁判一经作出，立即发生法律效力。

二、第二审程序的功能和意义

第二审程序作为普通程序的重要组成部分，在保障审判的公正性、实现刑事诉讼任务方面有着重要的作用和意义。

首先，第二审程序具有对一审判决、裁定进行审查和救济的功能，能够及时发现和纠正第一审判决或裁定的错误，保证刑事审判的公正性。法律设置第二审程序，其直接目的是及时发现和纠正第一审程序所产生的错误判决或错误裁定。第一审法院承担着大量的审判任务，而且第一审法院相对于第二审法院而言，总体上业务水平低于上级法院，因而审判错误在所难免。第二审程序的设立，使及时审查第一审法院作出的判决、裁定，及时发现和纠正错误的判决、裁定成为

可能。

其次，第二审程序的设置满足了当事人对审判公正性的需求。尽管第一审法院的判决或裁定在大多数情况下并无错误，但受到第一审法院不利益裁判的当事人对这种判决或裁定的正确性、公正性也常常会产生怀疑，或者他们总是希望法院的判决、裁定能使他们得到更多的利益、失去更少的利益，这种主观认识或内心需求完全是正常的。一种民主的审判制度和程序应当尽可能满足当事人对公正审判的需求。无论第二审程序是否会发现和纠正第一审判决、裁定的错误，也无论第一审判决、裁定是否存在错误，第二审程序的存在和运作都可以在一定程度上满足当事人对公正审判的需求，至少可以满足其对程序公正的需求。

再次，第二审程序的设置有利于维护法制的统一。第二审程序通过对第一审程序实体和程序方面的全面审查，可以发现并纠正第一审程序发生的裁判错误，包括影响程序公正的程序性错误，或者维护正确、合法的第一审判决和裁定。而无论是纠正第一审法院错误的判决、裁定，还是维护其正确、合法的判决、裁定，都具有维护社会主义法制统一性的功能和意义。

最后，第二审程序的设置有利于实现对下级法院的监督和指导，提高整个刑事司法工作的质量。由于第二审程序的审理范围与第一审程序的基本无异，第二审程序的全面审查客观上对第一审程序具有事后的全面监督的功能。这种事后的全面的检验、监督，无疑将促使第一审法院严格依法审判，提高审判工作的质量。同时，无论第二审程序是肯定第一审法院的判决、裁定，还是撤销、改变第一审法院的判决或裁定，对于第一审法院来说，都具有审判指导的作用，有利于提高它们的审判业务水平，帮助其提高刑事审判工作的质量。

第二节　第二审程序的提起

一、第二审程序发生的原因

第二审程序虽然仍是普通程序，但并不是第一审程序的自动延续、自然发展，更不是刑事案件审判的必经程序。引起第二审程序发生的原因和动力有两个方面：一是有关的当事人及其法定代理人或公诉机关对第一审判决或裁定不服；二是有上诉权的诉讼参与人依法提起上诉，或者公诉机关依法提出抗诉。其中第一个原因是引发第二审程序的根本原因，因为如果当事人或公诉机关愿意服从第一审法院作出的尚未生效的判决或裁定，通常不可能再提出上诉或抗诉，以免徒增自己诉累。第二个原因是引发第二审程序的直接原因。不管当事人或公诉机关是否真正不服第一审判决或裁定，也不管上诉、抗诉是否提出了充分的上诉、抗诉理由，只要上诉或抗诉是由法定的主体在法定的期限内提出，就必然会引发第二审程序。一个案件的审理是否经过第二审程序，取决于当事人是否提出了有效的上诉、公

诉机关是否提出了有效的抗诉。当事人的上诉在各国都是引起第二审程序的原因，但检察机关是否有权提出抗诉从而引起第二审程序并不相同。

上诉是指享有上诉权的诉讼参与人不服第一审法院作出的判决或裁定，在法定期限内，依照法定程序，提请上一级法院依法重新审判的诉讼行为。上诉必须由享有上诉权的诉讼参与人依法在法定期限内向有关机关提出，才是一种有效的上诉，才能引起第二审程序的发生。

在我国刑事诉讼法上，普通程序中的抗诉，是指作为公诉机关的人民检察院不服同级人民法院作出的判决或裁定，依法提请上一级人民法院重新审判案件的诉讼行为。公诉机关代表国家追究犯罪。在大陆法系许多国家，公诉机关都与当事人一样享有申请上一级法院重新审判的权力。抗诉的意义主要在于实现国家的追诉职能，维护国家的刑法上的利益。在我国，法律赋予检察机关抗诉权，还因为检察机关不仅履行公诉职能，而且履行法律监督的职能，因而从法律和理论上讲，为了被告人的利益，检察机关也应该对第一审判决或裁定提出抗诉。

不服第一审判决或者裁定是发生第二审程序的根本原因。与一案只能有一个判决不同，根据我国刑事诉讼法的规定，刑事诉讼普通程序中需要适用裁定的情形有好几种，但并非不服任何裁定都可以提出上诉或抗诉。至于究竟哪些裁定可以被上诉或抗诉，《刑事诉讼法》并没有像《民事诉讼法》那样作出明确规定，实践中明确可以被上诉的裁定仅是人民法院依据《刑事诉讼法》第 171 条的规定驳回自诉人自诉的裁定。

二、提起第二审程序的主体

上诉、抗诉成为引起第二审程序的原因，因此，有权提起第二审程序的主体是上诉人和抗诉机关。只有有权提起上诉的人提出上诉，或者有权提出抗诉的机关提出抗诉，才能引发第二审程序。提起第二审程序的主体的合法性是引起第二审程序的前提条件。

(一) 上诉人

上诉人是指不服第一审法院尚未生效的判决、裁定，因而向上一级法院提出上诉的当事人和其他诉讼参与人。在审判实践中，第二审程序主要是由上诉人的上诉引起的。案件的当事人具有上诉人的主体资格，但在我国刑事诉讼法上，一方面，并非所有的当事人都是上诉人，即被害人虽然也是诉讼当事人，但不享有上诉权；另一方面，上诉人又不限于当事人，非当事人依法也可以提出上诉，当事人以外的上诉人只是提起第二审程序的主体，与所审案件并无实体上的利害关系。上诉主体的范围也反映了诉讼的民主性程度和对当事人合法权益的维护程度。依据我国《刑事诉讼法》第 180 条的规定，上诉人包括三类：一是当事人，二是当事人的法定代理人，三是经被告人同意的辩护人和近亲属。

1. 当事人。享有上诉权的诉讼当事人包括被告人、自诉人与附带民事诉讼的

原、被告。被告人是每一个刑事案件都不可缺少的诉讼当事人，是当事人中最重要的上诉主体。被告人是被追究刑事责任的对象，是刑事责任的承担者，与刑事审判的结局有着利害关系，判决、裁定直接或间接地决定或影响了他们的利益。因此，当被告人不服第一审法院尚未生效的判决时，有权提出上诉。刑事诉讼法则明确规定，对被告人的上诉权，不得以任何借口加以剥夺。

自诉人是自诉刑事案件的控方当事人，与案件结局同样存在着利害关系。这种利害关系的实质就是他们受到犯罪侵害的实体上的合法权益能否通过刑事审判程序得到有效的维护，被告人对侵害自诉人合法权益的犯罪行为是否承担刑事责任。这种利害关系的存在，决定了他们不服第一审法院的判决、裁定时也享有提出上诉的权利。

附带民事诉讼中的原、被告也是有权提起上诉的当事人。附带民事诉讼，是在刑事审判中一并审理的由刑事案件的被害人或者检察机关提起的，要求判令被告人对其犯罪行为造成的被害人的物质损失进行赔偿的诉讼。附带民事诉讼的原告人和被告人与附带民事诉讼的结局有着利害关系，因而依据刑事诉讼法的规定，他们有权对地方各级人民法院的一审判决、裁定中附带民事诉讼的部分提出上诉。如果附带民事诉讼的当事人本身也就是刑事诉讼中的被告人或自诉人，则他们同时就判决、裁定中的刑事部分和民事部分提起上诉，否则，就只能对民事部分提起上诉。

在当事人中被害人不享有上诉的权利。除原苏联以及现在的俄罗斯联邦等极少数国家的刑事诉讼立法赋予公诉案件的被害人上诉权以外，目前所看到的各个国家的立法都没有赋予被害人以上诉权。我国刑事诉讼法上，被害人尽管也是诉讼当事人，但不享有独立的上诉权。在自诉案件中，被害人的合法权益可以通过自诉人的上诉权得到维护。一般认为，在公诉案件中，维护国家利益、社会利益和维护被害人利益是统一的，公诉机关追究被告人刑事责任的诉讼行为同时具有维护被害人合法权益的功能，因而没有必要再赋予被害人独立的上诉权，以免因此影响诉讼的效率。同时，理论上认为，如果赋予被害人上诉权，必然会影响被告人行使上诉权，上诉不加刑的原则难以贯彻到底。但是，法律也并不忽视对被害人合法权益的维护。为了加强对被害人合法权益的保护，弥补公诉机关在维护被害人合法权益方面可能出现的疏漏，我国刑事诉讼法赋予被害人抗诉请求权，即根据《刑事诉讼法》第 182 条的规定，被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审判决的，自收到判决书后 5 日以内，有权请求提起公诉的人民检察院提出抗诉。人民检察院自收到被害人及其法定代理人的请求后 5 日以内，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。

2. 当事人的法定代理人。如果当事人是未成年人或者其他不具有完全民事行为能力的人，则他们的法定代理人便是刑事诉讼和附带民事诉讼中的诉讼参与人。法律允许法定代理人参与诉讼，一方面是刑事审判程序公正性的要求；另一方面

也是为了通过法定代理人参与诉讼的制度，更好地维护未成年人或其他不具有完全民事行为能力当事人的合法权益。因此，凡是对地方各级人民法院的一审判决、裁定享有上诉权的当事人，他们的法定代理人不服第一审判决、裁定时，有权提起上诉。诉讼中确立法定代理人制度，是因为当事人缺乏有效维护自己合法权益的诉讼行为能力，因此，法定代理人的上诉权是独立的，不受被代理人意志的约束。

3. 经被告人同意的辩护人和近亲属。刑事被告人可能由于对第一审法院的判决、裁定是否合法、公正缺乏判断力，或者是由于对提出上诉抱有疑虑，故而意识不到应当提出上诉或者不敢提出上诉。为了使他们的合法权益在本人不提出上诉的情况下也能得到有效的维护，我国刑事诉讼法允许被告人的辩护人和近亲属代为提出上诉。由于上诉涉及的实体法的利益是属于被告人的，案件的处理结果与他们有着切身的利害关系，是否上诉被告人本人应该具有最终的决定权，故而辩护人和被告人的近亲属不享有独立的上诉权，他们提出上诉必须事先经过被告人的同意。被告人不同意上诉的，被告人的辩护人和近亲属便不能提出上诉，或者说他们提出的上诉不被受理。在辩护人或近亲属提出上诉的情况下，被告人仍是上诉人。

被告人的辩护人和近亲属可能比被告人本人更了解案情，更便于提出上诉，因此，法律规定被告人的辩护人和近亲属可以为被告人的利益提出上诉，能够更加有效地维护被告人的合法权益，反映了我国刑事诉讼法对被告人合法权益维护的高度重视和刑事诉讼的民主性。被告人的辩护人和近亲属经被告人同意提出上诉的，还有两点需要注意：一是如果被告人是未成年人，其法定代理人有独立的上诉权，因而不必再适用经被告人同意由其辩护人和近亲属代为上诉的规定，否则，将与法定代理人的上诉权发生冲突。二是被告人的辩护人和近亲属经被告人同意提出上诉时，只能就有关刑事部分的判决、裁定提出上诉，不能对附带民事诉讼部分的判决、代为上诉。因为法律规定被告人的辩护人和近亲属经被告人同意可以提出上诉，是指刑事被告人而非附带民事诉讼的被告人。同时，民事诉讼强调当事人意思自治，应当完全由当事人自己决定是否上诉。

（二）抗诉机关

在我国，检察机关代表国家对被告人提出控诉，维护国家和社会的利益，同时又承担着监督法律正确实施、维护法制统一的职责。因此，当其认为第一审法院对案件作出的尚未生效的判决、裁定存在错误，不能有效地维护国家、社会或被害人的利益，或者认为判决、裁定使被告人的合法权益受到不应有的损害时，便有权提出抗诉，请求上一级人民法院重新审判案件。对尚未生效的判决、裁定的抗诉，称为上诉审程序中的抗诉。基于同样的目的，检察机关对于已经发生法律效力的判决、裁定，认为确有错误时，也有权依照法定程序提出抗诉，请求作出生效判决、裁定的人民法院的上级人民法院依法撤销原生效判决、裁定，对案

件重新进行审判。这种抗诉称为再审程序中的抗诉。

不服一审法院作出的尚未生效的判决、裁定而有权提起抗诉的主体，是作出一审判决、裁定的人民法院的同级人民检察院，也就提起公诉的机关。对于当事人来说，不服第一审判决、裁定而提出上诉，是他们的诉讼权利。作为权利，他们也可以放弃这种权利。但是，检察机关不服同级人民法院的一审判决、裁定而提出抗诉，既是他们的权力，也是他们的职责。作为职责，他们必须履行，不能放弃。因而，根据刑事诉讼法的规定，检察机关认为同级人民法院的判决、裁定存在错误时，不管这种错误对当事人有利还是不利，只要判决、裁定尚未生效，都应当提出抗诉。应当抗诉而放弃抗诉，不管基于何种考虑，都是怠于履行法定职责的表现。但是，检察机关行使抗诉权应当实事求是，不应当或不必要抗诉，而仅仅是为了维护自己的公诉主张或者检察机关的权威提出抗诉的，同样不是正确履行法律监督职能的表现，而属于滥用抗诉权。

人民检察院行使抗诉权还应当尊重被害人的抗诉请求权。如前所述，被害人没有上诉权。被害人在公诉案件中虽然作为当事人，而且是控方当事人，但不享有上诉或抗诉的权利。不过，法律规定了他们的抗诉请求权，即有权请求公诉机关提出抗诉。公诉机关主要是站在国家公诉人的立场上行使控诉权，主要考虑的是国家、社会利益的维护和法制统一的维护，难免对被害人合法权益有所忽视，因此，赋予被害人请求公诉机关提出抗诉的权利非常重要。抗诉请求权是被害人作为当事人享有的重要的诉讼权利，人民检察院应当尊重被害人的这一权利，认真审查被害人的抗诉请求。如果被害人的抗诉请求确有道理，人民检察院应当提出抗诉。

赋予检察机关对未生效一审判决、裁定的抗诉权，不是世界各国的通例。大陆法系国家的检察机关实行职权主义，以国家和社会的利益为重，其刑事诉讼法一般都赋予检察机关抗诉权。但英美法系国家则相反，其检察机关并不享有抗诉权，其原因主要是为了贯彻禁止双重危险的原则。所谓禁止双重危险，其要义是指被告人的同一行为不能受到两次指控和处理。如果让检察机关行使抗诉权，就意味着被告人的一个行为受到了两次的处理，违反禁止双重危险原则。因此，在英美法系国家，检察机关对于第一审法院作出的判决、裁定，即使认为是错误的，也不能提出抗诉。

三、提起第二审程序的期限和程序

（一）上诉、抗诉的期限

无论是当事人及其法定代理人，还是被告人的辩护人和近亲属，提出上诉的权利必须在法律规定的期限内行使。同样地，检察机关行使抗诉权，也必须在同样的期限内进行。上诉、抗诉超过法定期限，便不具有引起第二审程序发生的效力。也就是说，超过法定期限的上诉或抗诉，是无效的上诉或抗诉。依据我国

《刑事诉讼法》第183条的规定，不服判决的上诉或抗诉的期限为10日，不服裁定的上诉或抗诉的期限为5日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。法定的上诉、抗诉期限届满，一审判决、裁定便立即发生法律效力，任何机关或个人都无法再提起第二审程序。

上诉人的上诉权和检察机关的抗诉权在整个上诉、抗诉期限内始终享有，他们是否行使上诉权或抗诉权，以上诉、抗诉期限届满之前最后一次意思表示为准。也就是说，上诉人在上诉期内以书面或口头的形式表示了上诉或不上诉的意见的，在上诉期限届满之前完全可以反悔，以新意见替代原来已经表达的意见。抗诉机关也同样具有抗诉或不抗诉的自由。

（二）上诉、抗诉的程序

上诉程序或抗诉程序包括提出上诉、抗诉的形式，对上诉、抗诉的受理以及上诉、抗诉的撤回等问题。

上诉原则上应当以书面形式提出，上诉人应当向受理上诉的人民法院提交上诉状正本及副本。上诉状内容应当包括：第一审判决、裁定书的文号和上诉人收到的时间，第一审法院的名称，上诉的请求和理由，提出上诉的时间，上诉人签名或者盖章。如果是被告人的辩护人、近亲属提出上诉的，还应当写明提出上诉的人与被告人的关系，并应当以被告人为上诉人。

上诉也可以口头形式提出。被告人、自诉人和附带民事诉讼的原告人、被告人书写上诉状确有困难的，可以口头向第一审人民法院陈述上诉的请求和理由。第一审人民法院应当根据其所陈述的请求和理由制作笔录，由上诉人阅读或向其宣读后，上诉人应当签名或盖章。

检察机关向上一级人民法院提出抗诉，应当通过第一审人民法院提交抗诉书，不能以口头的形式提出抗诉。第一审人民法院收到抗诉书后，应将抗诉书副本送交当事人。

上诉人提出上诉，可以通过第一审人民法院提出，也可以直接向第二审人民法院提出。通过第一审法院提出的，第一审法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在上诉期满后3日以内将上诉状连同案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。上诉人直接向第二审人民法院提出上诉的，第二审人民法院应当在收到上诉状后3日以内将上诉状交第一审人民法院。第一审人民法院应当审查上诉是否符合法律规定。符合法律规定的，应当在接到上诉状后3日以内将上诉状连同案件案卷、证据移送上一级人民法院，同时将上诉状副本送交同级人民检察院和对方当事人。

检察机关向上一级人民法院提出抗诉的，只能通过第一审人民法院提出，向第一审人民法院提交抗诉书。第一审人民法院应当在抗诉期满后3日以内将抗诉书连同案卷、证据移送上一级人民法院，并将抗诉书副本送交当事人。因第二审程序中由第二审人民法院的同级人民检察院出庭参加诉讼，故而检察机关对第一

审人民法院的判决、裁定提出抗诉，应同时将抗诉书抄送上一级人民检察院。上级人民检察院认为第一审人民法院的判决、裁定没有错误，或者抗诉的理由不充分的，可以向同级人民法院撤回抗诉，并通知下级人民检察院。

在上诉期内，上诉人有权提出上诉，也有权放弃上诉。因而，当有权提出上诉的人向法院提出上诉后，在上诉期内有权撤回上诉。这同时意味着，撤回上诉以后，在上诉期内仍可以再次提出上诉。在上诉期内撤回上诉的，人民法院应当准许；在上诉期内撤回上诉又提出上诉的，人民法院应当受理。

上诉人在上诉期满后要求撤回上诉，同样是一种处分自己诉讼权利的行为，但毕竟第二审程序已经开始，而且有时撤诉的原因也很复杂，因此，对于上诉人提出撤诉申请的，第二审人民法院仍应当对案件进行审查。经审查，认为原判决认定事实和适用法律正确、量刑恰当的，应当准许撤回上诉。但如果认为原判决认定事实不清，证据不足或者将无罪判有罪的，应当裁定不准许撤回上诉，并按照上诉程序进行审理。在后一种情况下不准许撤回上诉，符合被告人的利益，而且能够及时纠正审判错误，提高诉讼效率。如果准许撤诉，人民法院虽然也可以按审判监督程序纠正已经发现的第一审的审判错误，但毕竟要重新开始一个特别程序，不利于及时纠正审判错误。

人民检察院不服第一审判决、裁定时提出抗诉，总的来说属于行使法律监督权。法律监督权属于检察机关的一项专门权力，是否行使，如何行使，应由检察机关自己决定。因此，无论在抗诉期内，还是在抗诉期届满以后，检察机关撤回已经提出的抗诉的，无论案件是否已经进入第二审程序，接受抗诉的人民法院都应当准许。

四、提起第二审程序的理由

提起第二审程序的理由，也就是上诉的理由或抗诉的理由。对第一审法院的判决、裁定提出上诉是否需要理由，各国法律规定不尽一致，但总的来说，大多数国家的法律都没有把上诉理由作为有效上诉的条件，只有很少国家规定了上诉要说明理由，如《奥地利刑事诉讼法典》规定，上诉人必须在上诉书中明确说明，判决书中哪几点有问题以及他要提出哪些上诉理由，否则，上一级法院对其上诉或原判决无效的理由不予考虑。[①] 为了使有关的权利人行使上诉权能够得到充分的保障，我国刑事诉讼法也没有将上诉理由作为构成有效上诉的必要条件。享有上诉权的主体只要对第一审法院的判决或裁定表示不服，在上诉期内提出了要求上一级人民法院重新审判的上诉，人民法院就得接受上诉，开始第二审程序。法院不得以没有提出上诉理由或上诉理由不正确、不充分等，拒绝接受上诉或阻止第

① 参见陈光中主编：《外国刑事诉讼程序比较研究》，275 页，北京，法律出版社，1988。

二审程序的发生。我国法律对上诉理由不作条件性规定，不仅具有保障上诉权人上诉权的程序意义，而且具有重要的实体意义。因为根据我国刑事诉讼法的规定，在第二审程序中，人民法院奉行对案件全面审理原则，对一审法院在认定事实、采信证据、适用法律等方面的问题进行全面审查，不受上诉人上诉请求的具体内容和上诉理由的限制。

与上诉不同，人民检察院不服第一审人民法院尚未生效的判决、裁定而提出抗诉时，必须提出理由。根据《刑事诉讼法》第 181 条的规定，人民检察院提出抗诉，必须以“本级人民法院第一审的判决、裁定确有错误”为理由。以事实为根据，以法律为准绳，是人民检察院行使国家权力、参与诉讼活动时始终必须遵循的原则，因此，人民检察院行使法律监督权，对一审法院的判决或裁定提出抗诉时，无疑应当提出相应的抗诉理由。当然，只要抗诉机关提出了抗诉的理由，人民法院就得接受抗诉。至于抗诉理由是否正确、充分，能否成立，不影响第二审程序的发生，属于第二审程序中需要审查的问题。

上诉人提出上诉不受是否提出上诉理由的限制，旨在保障上诉权人的上诉权。但实际上，绝大多数上诉都会提出上诉的理由。提出上诉的理由可以使二审法院对上诉人的意见和要求给予特别的关注，帮助审判人员把握第二审的审理重点。

在具体的案件中，上诉或抗诉的理由总是具体的。但是，总的来说，上诉或抗诉的理由不外乎认定事实错误、适用法律错误和诉讼程序错误三个方面：

1. 认定事实错误。上诉人或抗诉机关在提出上诉或抗诉时认为第一审判决、裁定在认定事实上存在错误，是一种最为常见的理由。人民法院作出的判决书、裁定书，应当以事实为根据，以法律为准绳，特别是作出有罪判决，一定要坚持案件事实清楚，证据确实、充分的证明标准。上诉人或抗诉机关认为一审法院的判决或裁定存在的事实认定错误，包括三类情形：一是案件事实不清。即某些犯罪构成事实或某些与量刑有关的重要情节尚未查明。例如，在投毒杀人的案件中，谁提供了毒物，是何种毒物等未予查明，便属事实不清。二是错误认定事实。即认为判决书没有如实、准确认定案件事实，而是作了错误认定。例如在共同犯罪案件中，已有证据证明被告人甲对被害人实施了致命的攻击行为，但判决书认定被告人乙实施了这一行为。三是定案证据不确实或者不充分。证据没有达到确实、充分的标准，往往与认定事实不清、认定事实错误相联系，但更多的情形则是事实认定清楚，定案证据却是不确实或不充分的。例如，在判决或裁定所采信的证据中，某些证据存在合法性方面的瑕疵，某一证人作伪证，某一重要证据未经当庭质证，证据没有得到相互印证，证据之间存在矛盾，根据案内证据无法得出判决书中认定的那个事实的结论，等等。

2. 适用法律错误。在认定事实的基础上，法院必然依据具体的法律规定作出判决、裁定。如果在选择适用法律规范上发生选择错误，即没有适用应当适用的法律规范，或者适用了不该适用的法律规范，即属适用法律错误。适用法律错误

虽然不多，但常被作为上诉或抗诉的理由。适用法律错误主要表现在混淆罪与非罪的界限或者此罪与彼罪的界限；误将一罪定为数罪；应当数罪并罚却只认定一罪；构成自首却没有认定自首；被告人具有应当减轻或者免除刑罚的法定情节，量刑时却只给予从轻处罚；或者存在其他重罪轻判、轻罪重判的情形。适用法律错误既包括适用某一具体法律条款错误，也包括适用法律原则错误。

3. 审判程序错误。严格依照法定程序进行审判，是审判公正性的应有内涵。所谓审判程序错误，是指第一审人民法院在审判过程中违反了法律规定的程序。虽然根据《刑事诉讼法》第 191 条的规定，似乎只有违反了法定的诉讼程序，可能影响公正审判，才属于应当撤销原判、发回重审的情形，但公正审判的含义现在已经不再局限于实体方面，任何违反审判程序的情形，都可以成为上诉或抗诉的理由。违反法定的审判程序，表现为违反公开审判的规定，应当公开而没有公开；违反回避制度，存在应当回避的情形而没有回避；剥夺或者限制了当事人法定的诉讼权利，如未成年人没有辩护人辩护，法院不允许辩护人复制诉讼资料，辩护方在规定期限内向法庭提供了拟出庭作证的证人名单、住址等情况，但法庭无理由不予准许，等等。

第三节　第二审程序的审判

一、第二审程序的审判原则

依据我国刑事诉讼法的规定，第二审人民法院审判上诉、抗诉案件，应当遵循三项原则：一是全面审查原则；二是开庭审理原则；三是上诉不加刑原则。在阐述第二审程序的审判原则时，理论上通常只认可全面审查原则。上诉不加刑虽然也被认为是一项原则，但法律只是对其单独阐述，没有将其包含在第二审程序的审判原则之中、与全面审查原则并列。其原因可能是这一原则只适用于被告人方面为被告人利益提起的上诉，而不适用于自诉人的上诉和检察机关的抗诉。至于开庭审理原则，理论上从没有将其作为一项原则看待，而只是将其作为第二审程序的审理方式之一种。当然，我国《刑事诉讼法》第 187 条的规定也存在着一定的缺陷，而学术界又将开庭审理作为第二审程序的审理方式之一看待，实际上是一种误解。[①] 然而，我们认为，上诉不加刑不适用于抗诉机关抗诉或自诉人上诉的案件的审判，这只是上诉不加刑原则的例外；允许不开庭审理同样也是开庭审理原则的例外。例外的存在不影响原则的成立，例如直接、言词原则下证人或被害人不出庭也是允许的。任何原则都具有一般指导意义，意味着通常情况下都应当按照原则的要求去对待需要处理的问题，而无论是否存在例外。绝大多数第二

① 参见刘家琛、郝银钟主编：《刑事审判学》，248～252 页，北京，群众出版社，2002。

审程序是由被告人方面为被告人利益提起的，而且法律上设置第二审程序主要也是为了被告人的利益，因而上诉不加刑应当是与全面审查一样重要的原则。至于第二审人民法院对二审案件开庭审理也应当是一项原则，因为法律规定人民检察院抗诉的案件应当开庭审理，而其他主体上诉的案件也以开庭审理为基本要求。开庭审理符合第二审程序的立法目的和刑事诉讼法的规定，也与各国的立法相类似。

还需要注意的是，对第一审法院的判决或裁定不服，都可以提起第二审程序，但是，上述三项审判原则只适用于因不服第一审判决所提起的第二审程序。不服裁定引起的第二审程序不受该三项原则的限制。

（一）全面审查原则

全面审查原则是指第二审人民法院审理提出上诉或抗诉的案件时，应当对案件事实和适用法律问题从实体到程序，进行全面的审查，不受上诉或抗诉范围的限制。全面审查原则的法律依据是《刑事诉讼法》第 186 条的规定："第二审人民法院应当就第一审判决认定的事实和适用法律进行全面审查，不受上诉或者抗诉范围的限制。共同犯罪的案件只有部分被告人上诉的，应当对全案进行审查，一并处理。"

上诉或者抗诉通常不会全盘否定第一审判决，其上诉或抗诉的主张和理由总是集中在某一个或某几个方面。第二审程序实行全面审查原则，可以节约诉讼资源，提高司法效率，降低判决生效之后审判监督程序的发生几率，最大限度地发现和纠正第一审程序中的错误，保障实体公正和程序公正的实现。全面审查原则包括五个方面的内容：

1. 既要审查事实问题，又要审查法律适用问题。不管上诉人或抗诉机关是认为原判决在事实认定上有错误，还是认为原判决只是在法律适用上有错误，第二审人民法院都应当全面审查事实问题和法律适用问题，应当认真审查原判决认定事实是否清楚，采用的证据是否确实、充分，否定证据或事实有无依据、是否合理，适用法律定罪处刑是否准确、恰当。

2. 既要审查上诉人或抗诉机关声明不服的部分，也要审查其没有表示异议的部分。这一点强调的是，第二审法院的审查不能局限在上诉或抗诉内容直接指向的部分。如果判决是刑事附带民事判决，那么，第二审法院既要审查刑事部分的内容，也要审查民事部分的内容。因为在刑事附带民事诉讼的上诉案件中，附带民事案件的事实与刑事案件的事实是重叠交叉的，犯罪事实和损害事实既是决定被告人刑事责任的根据，又是判令附带民事诉讼被告人承担民事责任的根据，尽管二者的证明标准有所不同。

3. 既要审查实体方面的内容，又要审查程序方面的内容。一审判决在实体方面存在错误，或者第一审存在严重的程序违法问题，都可能导致原判决的撤销。另外，对审判前诉讼程序是否合法问题的审查也是第一审人民法院和第二审人民

法院应审查的内容，因此，即使上诉人或抗诉机关没有对第一审的审判程序问题提出异议，即使上诉人或抗诉机关对侦查、起诉程序的合法性问题没有提出异议，第二审人民法院也要对整个诉讼程序进行审查。

4. 在共同犯罪案件中，第二审法院既要对提出上诉或被抗诉的被告人的相关案情和法律适用问题进行审查，也要对未提出上诉或未被抗诉的被告人的有关案情和法律适用问题进行审查。对共同犯罪案件作出一审判决以后，可能只有部分被告人提出了上诉，另外一部分被告人没有提出上诉，抗诉机关也可能只对第一审判决中对部分被告人的定罪量刑有异议，而不是对全案都有异议。尽管如此，第二审法院应当对所有被告人的相关案情和法律适用问题进行审查。

5. 既要从有利于被告人的角度进行审查，也要从不利于被告人的角度进行审查。如果对于第一审判决，上诉人提出了上诉，抗诉机关也提出了抗诉，第二审法院自然应当对上诉理由和抗诉理由同时进行审查。但是，如果控辩双方中只有一方提出了上诉或抗诉，第二审法院的审查也不能局限于上诉或抗诉的内容，而应当全面审查。

全面审查，是第二审程序的审判原则，因而在审的过程中要全面，在判的时候也要一并处理。当然，一并处理不能违反上诉不加刑的原则和刑事诉讼法的其他规定。

按照全面审查的原则，《高法解释》第 251 条规定了第二审法院在对上诉或抗诉案件审理的过程中应当审查的具体内容：（1）第一审判决认定的事实是否清楚，证据是否确实、充分，证据之间有无矛盾；（2）第一审判决适用法律是否正确，量刑是否适当；（3）在侦查、起诉、第一审程序中，有无违反法律规定的诉讼程序的情形；（4）上诉、抗诉是否提出了新的事实和证据；（5）被告人供述、辩解的情况；（6）辩护人的辩护意见以及采纳的情况；（7）附带民事部分的判决、裁定是否适当；（8）第一审法院合议庭、审判委员会讨论的意见。

（二）上诉不加刑原则

上诉不加刑原则，是指仅有被告人一方提出上诉时，第二审人民法院在第二审程序中不得以任何理由或任何形式加重被告人的刑罚。

上诉不加刑是我国刑事诉讼法规定的第二审人民法院审判上诉案件必须遵循的一项重要原则，也是当代各国普遍实行的一项原则。上诉不加刑的原则在我国刑事诉讼法上主要包括三个方面的内容：

1. 上诉不加刑原则是第二审程序中适用的原则。只要是在第二审程序中由第二审人民法院作出判决，就不得加重被告人的刑罚。

2. 上诉不加刑原则适用于仅有被告人一方提出上诉的案件。被告人一方提出上诉，包括被告人本人提出上诉，被告人的法定代理人提出上诉，或者是经被告人同意后由被告人的一审辩护人提出的上诉或者被告人近亲属提出的上诉。仅有被告人一方提出上诉而无自诉人的上诉或公诉机关没有提出抗诉，才适用上诉不

加刑原则。如果抗诉机关提出了抗诉，或者上诉是由自诉人提出的，或者控辩双方同时提出了抗诉和上诉，则不再适用上诉不加刑的原则，即根据审理情况，依据以事实为根据、以法律为准绳的原则处理，该加重的加重，该减轻的减轻，该维持的维持。

3. 审理仅由被告人一方提出上诉的案件，第二审人民法院不得以任何理由或任何形式加重被告人的刑罚。《高法解释》第 257 条不仅再次强调第二审人民法院审理被告人或其法定代理人、辩护人、近亲属提出上诉的案件，不得加重被告人的刑罚，而且以列举的方式明确了不得以任何理由或任何形式加重被告人刑罚的情形：（1）共同犯罪案件，只有部分被告人提出上诉的，既不能加重提出上诉的被告人的刑罚，也不能加重其他同案被告人的刑罚；（2）原判决认定事实清楚、证据充分，只是认定罪名不当的，在不加重原判刑罚的情况下，可以改变罪名；（3）对被告人实行数罪并罚的，不得加重决定执行的刑罚，也不能在维持原判决决定执行的刑罚不变的情况下，加重数罪中某罪的刑罚；（4）对被告人判处拘役或者有期徒刑宣告缓刑的，不得撤销原判决宣告的缓刑或者延长缓刑考验期；（5）对事实清楚、证据充分，但判处的刑罚畸轻，或者应当适用附加刑而没有适用的案件，不得撤销第一审判决，直接加重被告人的刑罚或者适用附加刑，也不得以事实不清或者证据不足发回第一审人民法院重新审理。必须依法改判的，应当在第二审判决、裁定生效后，按照审判监督程序重新审判。最高人民法院 2008 年《关于刑事第二审判决改变第一审判决认定的罪名后能否加重附加刑的批复》针对二审改变罪名后是否加重原判刑罚的问题再次强调：第一审人民法院没有判处附加刑的，第二审人民法院改变罪名后不得判处附加刑；第一审人民法院原判附加刑较轻的，第二审人民法院不得改判较重的附加刑，也不得以事实不清或证据不足发回第一审人民法院重新审理。

由抗诉机关提出抗诉的案件虽然不受上诉不加刑原则的限制，即可以加重被告人的刑罚，但是，第二审人民法院审理抗诉案件后，改判被告人死刑立即执行的，应当报请最高人民法院核准。另外，共同犯罪中，人民检察院只对部分被告人的判决提出抗诉的，第二审人民法院对其他第一审被告人不得加重刑罚。

上诉不加刑原则被各国普遍采用，说明这一原则有着重要的意义。就我国而言，上诉不加刑原则有如下几个方面的意义：

1. 有利于实现控辩双方的平等。控辩双方的平等是诉讼民主的重要体现和必然要求。控方以追究被告人刑事责任、给予被告人刑罚处罚为目的主动发动第一审程序，如果第一审程序不能达到目的，还可以提起第二审程序，继续追求诉讼的目的。上诉不加刑原则则加强了被告人对抗控诉的对等的权利，使被告人可以在无风险的情况下发动第二审程序，继续反驳控诉。因此，上诉不加刑原则客观上增强了控辩双方的对抗性，缩小了诉讼中的不平等性。

2. 有利于保障被告人的上诉权。上诉权是刑事被告人的一项极其重要的，也

是基本的诉讼权利，所有其他有权为被告人利益提出上诉的主体的上诉权本质上都是被告人的上诉权。法律除了赋予被告人上诉权外，还允许其他主体为被告人的利益行使上诉权，表明了法律对被告人上诉权的高度重视和有效保障。但是，被告人方面是否行使上诉权，必然会考虑提出上诉的法律后果。如果上诉存在着对被告人的不利益风险，无疑会大大抑制上诉权人行使上诉权的积极性，导致上诉权人不得不放弃上诉权。因此，法律规定上诉不加刑原则，使被告人方面可以大胆地行使上诉权，而不必担心加重刑罚的不利后果，从而为被告人行使上诉权提供了更为可靠的保障。

3. 有利于第一审法院严格依法审判，提高审判工作的质量。上诉不加刑原则既是对被告人上诉权的一种重要保障，客观上又具有鼓励被告人大胆行使上诉权的效果，因而客观上也大大增加了一审判决进入第二审程序接受检验、发现第一审程序中审判错误的可能性，由此可以促使第一审法院严格依法审判，提高审判质量。第一审法院严格依照法定程序审判，作出的判决正确、合法、公正，不仅可以使被告人认罪服判，降低被告人上诉的可能性，而且，即使被提起上诉，也不至于在第二审程序中被改判。

4. 有利于促使检察机关积极履行法律监督职能。上诉虽然能够引起第二审程序，检察机关虽然在第二审程序中依然履行着控诉的职能，但不可能加重被告人的刑罚，不可能纠正重罪轻判的错误。因此，检察机关为了维护法制的严肃性，实现刑事诉讼法的任务，就必须履行法律监督的职能，积极行使抗诉权。只有通过抗诉监督，才能及时纠正第一审判决的错误。

（三）开庭审理原则

开庭审理原则，是指第二审人民法院审判上诉、抗诉案件应当以开庭审理为原则，按照第一审程序的方式进行开庭审理，以不开庭审理为例外。

第二审人民法院审判上诉、抗诉案件是否应当以公开开庭审理为原则，过去理论上很少有人讨论。《刑事诉讼法》第187条规定："第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭经过阅卷，讯问被告人、听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，对事实清楚的，可以不开庭审理。对人民检察院抗诉的案件，第二审人民法院应当开庭审理。"据此规定，理论界曾普遍认为，第二审人民法院审理上诉案件，既可以开庭审理，也可以不开庭审理。开庭和不开庭是两种平行的、可以根据具体情况进行选择的审理方式。但近年来随着人们对于刑事错案预防的高度关注，理论界普遍认为刑事第二审应以开庭审理为原则，不开庭审理作为例外。我们认为，不应当将开庭和不开庭相提并论，视为价值相同的两种审理方式。开庭审理应当成为第二审人民法院审判上诉、抗诉案件的原则。主要理由是：

1. 法律规定人民检察院抗诉的案件应当开庭审理，表明开庭审理更为重要和严肃，更能保证第二审程序的公正性。没有理由认为抗诉的案件与上诉的案件应

在审理方式上有所区别，也没有理由认为上诉案件的不开庭审理与抗诉案件的开庭审理在程序公正性上是相等的。

2.《刑事诉讼法》第11条规定，人民法院审判案件应当一律公开进行。审判公开原则并不区分第一审和第二审，第二审程序同样应当坚持审判公开原则。审判公开原则要求第二审程序以开庭审理为主要形式，因为不开庭审理就无法贯彻审判公开这一基本原则。

3.《刑事诉讼法》第187条首先强调："第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。"不开庭审理只是被作为一种有条件允许的审理方式。显然，立法者的意图是清楚的，并没有将应当开庭审理和可以不开庭审理置于同一位置上，我们完全可以将"应当"理解为原则，将"可以"理解为一种例外。

4. 开庭审理有利于保障第二审程序的公正性。开庭审理和不开庭审理对诉讼效率的影响是不同的，开庭审理在诉讼效率上肯定没有不开庭审理高。但是，我国实行两审终审制，已经考虑了效率的因素。法律设置第二审程序就是为了保障公正的实现，因而在第二审程序的公正与效率的矛盾中，公正应当居于优先地位。另外，第二审程序也应当像第一审程序那样接受当事人和社会的监督，开庭审理可以使第二审程序置于当事人和社会的监督之下，使第二审人民法院的审判活动严格依法公正进行。不开庭审理显然摆脱了这种必要的监督，对实体公正和程序公正的实现都有不利的影响，所谓上诉制度和两审终审制也会失去实在的意义。

因此，第二审的审判方式应当以公开开庭审理为基本原则，严格限制不开庭审理的情形，将不开庭审理作为开庭审理一般原则的例外。但在过去相当长的时间里，第二审开庭审理远比不开庭审理为少，不开庭审理成了原则，开庭审理成了例外。近几年来，最高人民法院力推二审刑事案件开庭审理。从2006年7月1日起，全国第二审法院审理死刑案件一律实行开庭审理。同时，各地二审法院对其他刑事案件也在不断增加开庭审理的比例。为适应第二审开庭审理的需要，各地中级以上人民法院和同级人民检察院还分别扩充了刑事审判法官和公诉部门的检察人员。

二、第二审程序的审判方式

依据《刑事诉讼法》第187条的规定，第二审人民法院审理案件的方式有两种：一是开庭审理。对于抗诉案件和大多数上诉案件采取开庭审理方式。二是不开庭审理，即通过讯问加调查，对于事实清楚、证据充分的案件可以不开庭审理。

（一）开庭审理

开庭审理的公诉案件，第二审人民法院应当提前10日通知同级人民检察院阅卷，人民检察院应当派员出庭，支持公诉，履行法律监督职能。开庭审理的，其程序与第一审开庭审理的程序大致相同，必须经过开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、宣判等庭审阶段。

第二审法院开庭审理上诉或抗诉的案件，虽然要经过与第一审程序相同的庭审阶段，但不是第一审程序的简单重复。除参照第一审程序的规定以外，第二审程序还有一些不同于第一审程序的内容和形式：(1) 在法庭调查阶段，审判长或者审判员宣读第一审判决书、裁定书后，由上诉人陈述上诉理由或者由检察人员宣读抗诉书。如果一审判决或裁定既被提出了上诉，又被提出了抗诉，则先由检察人员宣读抗诉书，再由上诉人陈述上诉理由。法庭调查中对证据的调查质证，除非双方对第一审开庭审理中质证过的证据没有异议，法庭应将已经在卷的证据交法警出示；需要宣读的证据材料，交由提供证据的一方当庭宣读。(2) 法庭辩论阶段，上诉案件由上诉人、辩护人首先发言，再由出庭检察人员发言；如果是抗诉案件，或者是既有抗诉又有上诉的案件，则先由支持抗诉的检察人员发言，再由上诉人、辩护人发言。

共同犯罪案件的第二审开庭审理中，没有上诉的被告人或者其判决没有被提出抗诉的被告人也应当出席庭审，参加法庭调查，并有权进行法庭辩论。

（二）不开庭审理

不开庭审理作为开庭审理原则的例外形式，也是我国刑事诉讼法许可的第二审审判方式之一。所谓不开庭审理，就是以第一审的案卷材料为基础，通过一些必要的讯问、调查，完成对上诉案件的审判。根据《刑事诉讼法》第187条的规定，不开庭审理的适用必须注意三点：第一，不开庭审理只适用于上诉的案件，不适用被提起抗诉的案件。第二，不开庭审理不是书面审理，而是书面审理加必要的讯问、调查。合议庭的阅卷，对被告人的讯问，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，是不开庭审理方式中的必经程序。第三，案件事实清楚的才可以不开庭审理。案件事实清楚，主要指第一审法院的判决或裁定认定的事实清楚。

不开庭审理相对于开庭审理而言，只能是例外，主要适用于不服裁定而提出上诉的案件，以及一审判决认定的案件事实简单、清楚，而且证据确实、充分的案件。不开庭审理方式在程序公正性和实体公正性方面都有较大的局限性，因而应当严格适用。对于案情重大的、被告人没有供述或者在一审中翻供的、证据之间有矛盾的或者第二审程序中上诉人方面提供了新证据的案件，都不适宜采取不开庭审理的方式。

三、对上诉或抗诉案件的处理

第二审人民法院经过开庭或不开庭审理，对于不服判决的上诉或抗诉的案件必须依法作出判决或裁定。依据《刑事诉讼法》第189条的规定，第二审人民法院应当分别情况作出如下处理：

（一）裁定驳回上诉或抗诉，维持原判

第二审人民法院经过审理，认为原判认定事实和适用法律正确、量刑适当的，

应当裁定驳回上诉或者抗诉，维持原判。裁定维持原判的条件是不存在实体错误，也不存在影响公正审判的程序错误。

（二）直接改判

直接改判适用于两种情形：一是原判认定事实没有错误，但适用法律有错误或者量刑不当，例如错误适用法律条款，以致发生认定罪名错误；适用法律正确但量刑畸轻、畸重等。二是原判认定案件事实不清或者证据不足，经过第二审审理，查清了事实的，可以改判；证据仍然不足的，可以改判无罪。第二种情形下不是必须改判，而是可以改判，也可以发回第一审法院重审。

（三）撤销原判，发回重审

第二审人民法院经过审理，将案件发回重审有两种情形：一是可以发回重审。原判决认定事实不清或证据不足的，可以将案件发回原审人民法院重审，也可以在查清事实后直接改判。二是应当将案件发回重审。《刑事诉讼法》第 191 条规定了第二审人民法院应当撤销原判，将案件发回重审的五种具体情形。这些情形都属于严重的程序违法行为，无论实体的判决是否正确、合法，都应当使原审自始无效，原审人民法院重新审判。这五种情形是：（1）违反刑事诉讼法有关公开审判的规定的；（2）违反回避制度的；（3）剥夺或者限制了当事人的法定诉讼权利，可能影响公正审判的；（4）审判组织的组成不合法的；（5）其他违反法律规定的诉讼程序，可能影响公正审判的。

对于不服第一审裁定而提起上诉或抗诉的案件，经审理后第二审人民法院应当参照刑事诉讼法关于维持原判、直接改判和发回重审的规定，分别情形用裁定的方式驳回上诉、抗诉，或者撤销、变更原裁定。

对于当事人不服第一审判决、裁定而提起上诉的自诉案件或者被提起上诉或抗诉的刑事附带民事诉讼案件，第二审人民法院在处理时除了遵循第二审程序应当遵循的一般规则以外，还必须遵守一些特殊的规定。《高法解释》对自诉案件的审理规定了如下一些要求：

对于第二审自诉案件，必要时可以进行调解，当事人也可以自行和解。调解结案的，应当制作调解书，第一审判决、裁定视为自动撤销；当事人自行和解的，由人民法院裁定准许撤回自诉，并撤销第一审判决或者裁定。

第二审人民法院对于调解结案或者当事人自行和解的自诉案件，被告人被采取强制措施的，应当立即予以解除。

在第二审程序中，自诉案件的当事人提出反诉的，第二审人民法院应当告知其另行起诉。

关于刑事附带民事诉讼案件，第二审人民法院应当依据《高法解释》的有关规定，分别情形作如下处理：

1. 第二审人民法院审理刑事附带民事上诉、抗诉案件，如果发现刑事部分和附带民事部分均有错误需要改判的，应当一并改判。

2. 第二审人民法院审理对刑事部分提出上诉、抗诉，附带民事部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的民事部分确有错误，应当按照审判监督程序对民事部分予以纠正。

3. 第二审人民法院审理对附带民事部分提出上诉、抗诉，刑事部分已经发生法律效力的案件，如果发现第一审判决或者裁定中的刑事部分确有错误，应当对刑事部分按照审判监督程序进行再审，并将附带民事部分与刑事部分一并审理。

4. 在第二审案件附带民事部分的审理中，第一审民事原告人增加独立的诉讼请求或者第一审民事被告人提出反诉的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则就新增加的诉讼请求或者反诉进行调解，调解不成的，告知当事人另行起诉。

第二审人民法院受理上诉或者抗诉后，原则上应当在 1 个月内审结，最迟不得超过 1 个半月。如果属于交通十分不便的边远地区发生的重大复杂案件，或者属于重大的犯罪集团案件，流窜作案的重大复杂案件，犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件，经省、自治区、直辖市高级人民法院批准或者决定，可以再延长 1 个月。最高人民法院受理的上诉、抗诉案件，有上述情形的，经最高人民法院决定，也可以延长 1 个月。

【问题与思考】

1. 第二审程序有何重要意义?
2. 哪些诉讼主体有权发动第二审程序?
3. 如何正确理解和贯彻上诉不加刑原则?
4. 确立上诉不加刑原则有何意义?
5. 第二审程序与第一审程序有何主要区别?
6. 案例讨论：

被告人罗某因女友提出与其分手，在激烈的争吵中情绪失控，掐死了女友，并从其身上取走了 50 元钱后逃跑。数日后罗某被抓获。一审法院经审理后以故意杀人罪判处罗某死刑，缓期 2 年执行。被告人以量刑过重为由提起上诉。而被害人亲属则认为一审量刑太轻，二审期间数十人到省高级人民法院上访，要求改判罗某死刑立即执行。二审法院经过审理，认为罗某犯罪情节严重，影响恶劣，一审量刑偏轻，如果维持原判将导致影响社会稳定的后果。为此，省高级人民法院以原判认定事实不清为由发回原二审法院重审。二审法院重审后，认为原判认定的犯罪事实无多大变化，但对是否重新判处被告人罗某死刑立即执行，合议庭内

部和审判委员会内部都产生了严重的分歧。

问题：

（1）省高级人民法院将该案件发回重审是否合法？

（2）原二审法院重审后是否应当判处罗某死刑立即执行？

第十八章 死刑复核程序

第一节 死刑复核程序的概念和功能
一、死刑复核程序的概念与特点
二、死刑复核程序的功能

第二节 判处死刑立即执行案件的复核程序
一、死刑核准权的下放与收回
二、判处死刑立即执行案件的报请复核
三、判处死刑立即执行案件报请复核的材料及要求
四、判处死刑立即执行案件的复核程序
五、判处死刑立即执行案件复核后的处理

第三节 判处死刑缓期2年执行案件的复核程序
一、判处死刑缓期2年执行案件的核准权
二、判处死刑缓期2年执行案件的复核程序

第四节 死刑复核程序的改革
一、死刑复核程序的理论渊源
二、死刑复核程序的缺陷分析

三、死刑案件三审终审制改造——由职权监督型向权利救济型转变

本章概要

死刑复核程序是最高人民法院、高级人民法院对判处被告人死刑的案件进行审查核准的一种特别审判程序。它具有纠正误判，统一死刑适用标准，实现慎杀等功能。然而，死刑复核程序存在书面化、秘密性等缺陷，因此需要予以改革。

关键术语

死刑复核程序　死刑复核程序的功能　死刑核准权　死刑立即执行案件的复核程序　听取辩护人的意见　阅卷　提审被告人　调查核实证据　核准的裁定、判决　不予核准的裁定　发回重审　死刑复核程序的改革

第一节　死刑复核程序的概念和功能

一、死刑复核程序的概念与特点

钦哉钦哉，刑之恤哉。

——《舜典》

自意大利古典刑事学派代表人物贝卡利亚在其传世之作《论犯罪与刑罚》中首次倡导废除死刑以来，人们开始对死刑的价值进行深刻的反思。随着报应刑观念的革除及现代刑罚观的确立，刑罚人道主义及刑罚轻缓化思想逐渐深入人心，人们对死刑这种最古老、最严酷的刑罚重新进行了价值评判，消除了诸多认识误区。而今尽管死刑存废的争论之声不绝于耳，但废除死刑已在多数国家和地区成为现实，而保留死刑的国家也纷纷走上限制、减少死刑的道路。废除死刑尽管道路曲折，并非一帆风顺，但它无疑是人类发展、社会进步的方向和重要标志，并已成为人们孜孜以求的目标。

暂不废除死刑，限制死刑的适用，坚持少杀、慎杀，防止错杀，是我国一贯坚持的死刑政策。这一死刑政策，符合我国社会发展现阶段的实际，应当坚持。我国刑事立法贯彻了这一死刑政策，表现为通过对死刑适用进行实体上的控制与

程序上的保障，达到限制死刑、保证死刑正确适用的目标。在实体控制方面，现行刑法对死刑的适用作了多方面严格的限制性规定。主要表现在：（1）从适用死刑的对象上作出限制；（2）从适用死刑的犯罪主体上作出限制；（3）从死刑的执行制度上加以限制；（4）从适用死刑的罪种上加以限制。在程序保障方面，刑事诉讼法有关死刑案件的特殊程序性规定，体现了立法者对死刑案件特别审慎的态度，有利于贯彻少杀、慎杀，防止错杀的方针，从而保证死刑案件的质量。这些特殊的程序性规定包括四种：（1）提高了死刑案件的审判管辖级别；（2）采用强制辩护方式；（3）专章规定了死刑复核程序；（4）在执行程序中作了特别规定。

人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。

——《公民权利和政治权利国际公约》第6条第1款

在刑事诉讼法中对判处死刑的案件规定一种特别的审查核准程序——死刑复核程序，是我国法律的一项特色。死刑复核程序是人民法院对判处死刑的案件进行复查核准所遵循的一种特别审判程序。死刑复核程序的任务是，由享有复核权的人民法院对下级人民法院报请复核的死刑判决、裁定，在认定事实和适用法律上是否正确进行全面审查，依法作出是否核准死刑的决定。因此，对死刑案件进行复核时，必须完成两项任务：一是审查原判认定的犯罪事实是否清楚，定罪的证据是否确实、充分，罪名是否准确，量刑是否适当，程序是否合法；二是依据事实和法律，作出是否核准死刑的决定并制作相应的司法文书。

死刑复核程序具有以下特点：

1. 审理对象特定。该程序只适用于被告人被判处死刑的案件，包括判处死刑立即执行的案件和判处死刑缓期2年执行的案件。

2. 死刑复核程序是死刑案件的终审程序。一般刑事案件经过第一审、第二审程序以后，判决就发生法律效力。而死刑案件除经过第一审、第二审程序以外，还必须经过死刑复核程序，只有经过复核并核准的死刑判决才发生法律效力。因此，死刑复核程序是两审终审制的例外。

3. 核准权具有专属性。依据《刑事诉讼法》的规定，有权进行死刑复核的机关只有最高人民法院和高级人民法院。

4. 程序启动上具有自动性。第一审程序和第二审程序的启动都遵循不告不理原则：只有人民检察院提起公诉或者自诉人提起自诉，人民法院才能启动第一审程序；只有人民检察院提起抗诉或者被告人、自诉人提起上诉，人民法院才能启动第二审程序。而死刑复核程序的启动既不需要人民检察院提起公诉或者抗诉，也不需要当事人提起自诉或上诉，只要二审法院审理完毕或者一审后经过法定的上诉期或抗诉期被告人没有提出上诉、检察院没有提起抗诉，人民法院就应当自动将案件报送高级人民法院或最高人民法院核准。

5. 报请复核程序特殊。依照法律有关规定，报请复核应当按照法院的组织系统逐级上报，不得越级报核。

二、死刑复核程序的功能

与其杀不辜，宁失不经。

——《尚书·大禹谟》

我国现在还不能废除死刑，但应逐步减少适用，凡是可杀可不杀的，一律不杀。人民法院必须根据构建社会主义和谐社会与维护社会稳定的要求，严谨审慎，既要保证根据证据正确认定案件事实，杜绝冤错案件的发生，又要保证定罪准确，量刑适当，做到少杀、慎杀。

死刑复核程序的设置充分体现了国家对适用死刑一贯坚持的严肃与谨慎、慎杀与少杀的方针政策，对于保证案件质量，正确适用死刑，坚持少杀，防止错杀，具有重要功能。

1. 死刑复核程序有利于纠正误判，保证正确适用死刑。设置死刑复核程序，使死刑案件在一审程序和二审程序的基础上增加了一道检验和保障机制，有利于防止误判无辜。

2. 死刑复核程序有助于统一死刑量刑标准。死刑（死缓）判决的核准权由最高人民法院和高级人民法院行使，有利于从诉讼程序上保证死刑适用的统一，防止地区之间的过分差异。

3. 死刑复核程序有利于控制死刑的适用，实现少杀、慎杀的刑事政策。通过死刑复核程序，对那些适用死刑不当的判决、裁定作出不予核准的决定，有利于防止死刑滥用。因此，死刑复核程序是坚持慎杀和防止滥杀的重要程序保证。

第二节　判处死刑立即执行案件的复核程序

一、死刑核准权的下放与收回

死刑核准权的归属是死刑复核程序中的核心问题。新中国成立后，死刑核准权经历了一个不断变化的过程。1954 年以前死刑的核准权由大行政区人民政府或其主席，或者中央人民政府政务院行使。1954 年以后到 1957 年第一届全国人大第四次会议修改《人民法院组织法》以前，死刑核准权由最高人民法院和高级人民法院共同行使。1957 年 7 月 15 日，第一届全国人大第四次会议经讨论决定：今后一切死刑案件，都由最高人民法院判决或核准。1958 年 5 月 29 日，最高人民法院对死刑缓期执行案件的核准权作出规定：凡是由高级人民法院判处或者审核的死刑缓期执行案件，一律不再报最高人民法院核准。这样就确立了死刑缓期执行和死刑立即执行的核准权由高级人民法院和最高人民法院分别行使的做法。1966 年

“文化大革命”开始后，死刑复核程序与其他法律制度一样受到冲击，死刑核准权被下放给各省、市、自治区革命委员会。

1979 年 7 月 1 日，新中国第一部《刑事诉讼法》正式颁布。该法第 144 条规定，死刑立即执行必须由最高人民法院核准。但这一规定实施一月有余，国家有关部门就不断作出授权规定：

第一次是 1980 年 2 月 12 日，第五届全国人大常委会第十三次会议批准最高人民法院和最高人民检察院的建议，同意在 1980 年内对现行的杀人、强奸、抢劫、放火等犯有严重罪行应当判处死刑的案件，最高人民法院可以授权省、自治区、直辖市高级人民法院核准。

第二次是 1981 年 6 月，第五届全国人大常委会第十九次会议通过了《关于死刑案件核准权问题的决定》，规定在 1981—1983 年间，对犯有杀人、抢劫、强奸、爆炸、投毒、决水和破坏交通、电力等设备的罪行，由高级人民法院终审判处死刑的，或者中级人民法院一审判处死刑后被告人不上诉、经高级人民法院核准的，以及由高级人民法院一审判处死刑、被告人不上诉的，都不必报最高人民法院核准。

第三次是 1983 年 9 月 2 日，第六届全国人大常委会第二次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》，将该法第 13 条修改为：死刑案件除由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。杀人、抢劫、强奸、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑案件的核准，最高人民法院在必要的时候，得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使。据此，最高人民法院于 1983 年 9 月 7 日发布了《关于授权高级人民法院核准部分死刑案件的通知》，规定：在当前严厉打击刑事犯罪活动期间，为了及时严惩严重危害公共安全和社会治安的罪大恶极的刑事犯罪分子，除由最高人民法院判处死刑的案件以外，各地对反革命案件和贪污等严重经济犯罪案件判处死刑的，仍应由高级人民法院复核同意后，报最高人民法院核准；对杀人、抢劫、强奸、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑案件的核准权，最高人民法院依法授权由省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。

第四次是 1991—1997 年间，最高人民法院以通知的形式分别授予云南、广东、广西、甘肃、四川和贵州等省、自治区的高级人民法院对毒品犯罪判处死刑案件（本院判决的和涉外的毒品犯罪死刑案件除外）的核准权。

第五次是 1997 年。1996 年修改的《刑事诉讼法》和 1997 年修改的《刑法》都规定死刑立即执行由最高人民法院核准。然而 1997 年 9 月 26 日，最高人民法院发出《关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知》，规定：除本院判处的死刑案件外，各地对《刑法》分则第一章规定的危害国家安全罪，第三章规定的破坏社会主义市场经济秩序罪，第八章规定的贪污贿赂罪判处死刑的案件，高级人民法院、解放军军事法院二审或复核同意后，仍应报本院核

准。对《刑法》分则第二章、第四章、第五章、第六章（毒品犯罪除外）、第七章、第十章规定的犯罪，判处死刑的案件（本院判决的和涉外的除外）的核准权，本院依据《中华人民共和国人民法院组织法》第13条的规定，仍授权由各省、自治区、直辖市高级人民法院和解放军军事法院行使。但涉港澳台死刑案件在一审宣判前仍需报本院内核。对于毒品犯罪死刑案件，除已获得授权的高级人民法院可以行使部分案件核准权外，其他高级人民法院和解放军军事法院在二审或复核同意后，仍应报本院核准。

死刑立即执行案件的核准权由最高人民法院行使，在必要的时候最高人民法院把死刑案件的核准权授予高级人民法院和解放军军事法院，简称“下放”。这既体现了国家对适用死刑的严肃、慎重，又体现了原则性与灵活性相结合的原则，对于打击最严重的犯罪，维护社会秩序，保护公民的人身权利、财产权利及其他合法权益有一定的意义。但这一做法也存在不少问题：一是“下放”的时间太长。二是“下放”的范围太广。三是授权高级人民法院核准的死刑案件的核准程序名存实亡。由于高级人民法院通常是死刑案件的二审法院，因而高级人民法院通常将二审程序与死刑复核程序合而为一，在作出二审裁定后，直接在裁定书上标明“根据最高人民法院依法授权高级人民法院核准部分死刑案件的规定，本裁定即为核准死刑的裁定”，而不再进行死刑复核，导致死刑复核程序在实际上被取消。

2006年10月31日，第十届全国人大常委会第二十四次会议讨论通过了《关于修改〈中华人民共和国人民法院组织法〉的决定》（以下简称《决定》），《决定》将《人民法院组织法》第13条规定的“杀人、强奸、抢劫、爆炸以及其他严重危害公共安全和社会治安判处死刑的案件的核准权，最高人民法院在必要的时候，得授权省、自治区、直辖市的高级人民法院行使”，修改为“死刑除依法由最高人民法院判决的以外，应当报请最高人民法院核准。”《决定》自2007年1月1日起施行，这就意味着自2007年1月1日起，死刑立即执行案件的核准权由最高人民法院统一行使。为了贯彻《决定》的要求，最高人民法院于2006年12月13日发布了《关于统一行使死刑案件核准权有关问题的决定》，规定：（1）自2007年1月1日起，最高人民法院根据全国人大常委会有关决定和《人民法院组织法》原第13条的规定发布的关于授权高级人民法院和解放军军事法院核准部分死刑案件的通知，一律予以废止。（2）自2007年1月1日起，死刑除依法由最高人民法院判决的以外，各高级人民法院和解放军军事法院依法判处和裁定的，应当报请最高人民法院核准。（3）2006年12月31日以前，各高级人民法院和解放军军事法院已经核准的死刑立即执行的判决、裁定，依法仍由各高级人民法院、解放军军事法院院长签发执行死刑的命令。

死刑是剥夺犯罪分子生命的最严厉的刑罚。将死刑案件核准权统一收归最高人民法院行使，是构建社会主义和谐社会，落实依法治国基本方略，尊重和保障人权的重大举措，有利于维护社会政治稳定，有利于国家法制统一，有利于从制

度上保证死刑裁判的慎重和公正，对于保障在全社会实现公平和正义，巩固人民民主专政的政权，全面建设小康社会，具有十分重要的意义。

二、判处死刑立即执行案件的报请复核

根据《刑事诉讼法》、《六机关规定》以及《高法解释》的规定，最高人民法院核准的死刑立即执行案件的报请复核应当遵循以下要求：

1. 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，上诉、抗诉期满后 3 日以内报请高级人民法院复核。高级人民法院同意判处死刑的，依法作出裁定后，再报请最高人民法院核准。

高级人民法院不同意判处死刑的，应当提审或者发回重新审判。高级人民法院提审后所作的改判是终审裁判，其中改判为死刑缓期 2 年执行的判决，不需经过复核程序。

2. 中级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人上诉或者人民检察院抗诉，高级人民法院终审裁定维持死刑判决的，报请最高人民法院核准；高级人民法院经二审不同意判处死刑的，应依不同情形直接改判或者发回重审，高级人民法院所作的改判为死刑缓期 2 年执行的判决，即为终审判决，不需再经复核程序。

3. 高级人民法院判处死刑的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，在上诉、抗诉期满后 3 日以内报请最高人民法院核准。

4. 因人民检察院提出抗诉而由人民法院按照第二审程序改判死刑的案件，应当报请最高人民法院核准。

5. 判处死刑缓期 2 年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑的，由高级人民法院报请最高人民法院核准。

6. 按照审判监督程序改判被告人死刑的，应当报送最高人民法院核准。

三、判处死刑立即执行案件报请复核的材料及要求

根据《高法解释》的规定，中级人民法院或高级人民法院报请复核死刑案件，应当一案一报。报送的材料应当包括：报请复核报告、死刑案件综合报告和判决书各 15 份，以及全部诉讼案卷和证据；共同犯罪的案件，应当报送全部诉讼案卷和证据。

1. 报请复核报告应当包括下列内容：（1）案由；（2）简要案情（时间、地点、手段、情节、后果等）；（3）审理过程；（4）判决结果。

2. 死刑案件综合报告包括下列内容：（1）被告人的姓名、性别、出生年月日、民族、文化程度、职业、住址、简历，以及拘留、逮捕、起诉的时间和现在被羁押的处所；（2）被告人的犯罪事实，包括犯罪时间、地点、动机、目的、手段、危害后果，以及从轻、从重处罚等情节，认定犯罪的证据和定罪量刑的法律依据；（3）需要说明的其他问题，如被告人虽无前科但有劣迹等。

3. 诉讼案卷和证据，根据具体案件情况应当包括下列内容：（1）拘留证、逮捕证、搜查证的复印件；（2）扣押赃款、赃物和其他在案物证的清单；（3）起诉意见书或者人民检察院的侦查终结报告；（4）人民检察院的起诉书；（5）案件审查报告、法庭审查笔录、合议庭评议笔录和审判委员会讨论决定笔录；（6）上诉状、抗诉状；（7）人民法院的判决书、裁定书和宣判笔录、送达回证；（8）能够证明案件具体情况并经过查证属实的各种肯定的和否定的证据，包括物证或者物证照片、书证、证人证言、被害人陈述、被告人供述和辩解。

四、判处死刑立即执行案件的复核程序

最高人民法院与高级人民法院复核死刑案件，应当由审判员3人组成合议庭进行。《高法解释》对复核程序作出了相应的规定，最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2007年3月9日发布《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》（以下简称《意见》），对复核程序作出了进一步的规定。《意见》第39条规定，复核死刑案件，应当对原审裁判的事实认定、法律适用和诉讼程序进行全面审查。《意见》第43条规定，人民法院在保证办案质量的前提下，要进一步提高办理死刑复核案件的效率，公正、及时地审理死刑复核案件。

复核死刑立即执行案件一般要进行以下活动：

1. 听取辩护人的意见。《意见》第40条规定，死刑案件复核期间，被告人委托的辩护人提出听取意见要求的，应当听取辩护人的意见，并制作笔录附卷。辩护人提出书面意见的，应当附卷。

2. 阅卷。《意见》第41条规定，复核死刑案件，合议庭成员应当阅卷，并提出书面意见存查。阅卷，即查阅诉讼案卷和证据，是最基本的复核方式。通过全面审查案卷和证据，审查原判认定犯罪事实是否清楚，证据是否确实、充分，定性是否准确，法律手续是否完备，对被告人判处死刑是否正确。阅卷应当全面审查以下内容：（1）被告人的年龄，有无责任能力，是否是正在怀孕的妇女；（2）原判决认定的主要事实是否清楚，证据是否确实、充分；（3）犯罪情节、后果及危害程度；（4）原审判决适用法律是否正确，是否必须判处死刑，是否必须立即执行；（5）有无法定、酌定从轻或者减轻处罚的情节；（6）其他应当审查的情况。

3. 提审被告人。根据《高法解释》第282条的规定，高级人民法院复核死刑案件，必须提审被告人。根据《意见》第42条的规定，高级人民法院复核死刑案件，应当讯问被告人。最高人民法院复核死刑案件，原则上应当讯问被告人。

4. 调查核实证据。根据《意见》第41条的规定，对证据有疑问的，应当对证据进行调查核实，必要时到案发现场调查。

5. 制作复核审理报告。最高人民法院、高级人民法院对报请复核的死刑案件进行全面审查后，合议庭应当进行评议并写出复核审理报告。复核审理报告应当包括下列内容：（1）案件的由来和审理经过；（2）被告人和被害人简况；（3）案

件的侦破情况；（4）原判决要点和控辩双方意见；（5）对事实和证据复核后的分析和认定；（6）合议庭评议意见和审判委员会讨论决定意见；（7）其他需要说明的问题。

五、判处死刑立即执行案件复核后的处理

最高人民法院于 2007 年 1 月 22 日发布施行了《关于复核死刑案件若干问题的规定》，对最高人民法院复核死刑案件后的处理作了规定。

（一）应当作出核准的裁定、判决，或者作出不予核准的裁定

裁判文书应当引用相关法律和司法解释条文，并说明理由。

1. 原判认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法的，裁定予以核准。原判判处被告人死刑并无不当，但具体认定的某一事实或者引用的法律条款等不完全准确、规范的，可以在纠正后作出核准死刑的判决或者裁定。

2. 具有以下情形之一的，应当裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判：（1）原判认定事实不清、证据不足的；（2）原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的；（3）原审人民法院违反法定诉讼程序，可能影响公正审判的。

3. 数罪并罚案件，一人有两罪以上被判处死刑，其中部分犯罪的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分犯罪的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的犯罪作出核准死刑的判决。

4. 一案中两名以上被告人被判处死刑，其中部分被告人的死刑裁判认定事实不清、证据不足的，对全案裁定不予核准，并撤销原判，发回重新审判；认为其中部分被告人的死刑裁判认定事实正确，但依法不应当判处死刑的，可以改判并对其他应当判处死刑的被告人作出核准死刑的判决。

（二）发回重审后的处理

1. 裁定不予核准死刑的，根据案件具体情形可以发回第二审人民法院或者第一审人民法院重新审判。

高级人民法院依照复核程序审理后报请最高人民法院核准死刑的案件，最高人民法院裁定不予核准死刑，发回高级人民法院重新审判的，高级人民法院可以提审或者发回第一审人民法院重新审判。

2. 发回第二审人民法院重新审判的案件，第二审人民法院可以直接改判；必须通过开庭审理查清事实、核实证据的，或者必须通过开庭审理纠正原审程序违法的，应当开庭审理。

3. 发回第一审人民法院重新审判的案件，第一审人民法院应当开庭审理。

4. 依照该规定第 3 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条发回重新审判的案件，即对最高人民法院发回重新审判的案件，除因原判认定事实正确，但依法不应当判处死刑被发回重新审判的案件外，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

此外，根据《高法解释》第 287 条的规定，共同犯罪案件中，部分被告人被判处死刑的，最高人民法院复核时，应当对全案进行审查，但不影响对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定的执行；发现对其他被告人已经发生法律效力的判决、裁定确有错误时，可以指令原审人民法院再审。

第三节　判处死刑缓期 2 年执行案件的复核程序

一、判处死刑缓期 2 年执行案件的核准权

《刑事诉讼法》第 201 条规定：中级人民法院判处死刑缓期 2 年执行的案件，由高级人民法院核准。根据这一规定，死刑缓期 2 年执行案件的核准权由高级人民法院统一行使。

二、判处死刑缓期 2 年执行案件的复核程序

根据《刑事诉讼法》以及《高法解释》的规定，中级人民法院判处死刑缓期 2 年执行的第一审案件，被告人不上诉、人民检察院不抗诉的，应当报请高级人民法院核准。中级人民法院报请的要求与报送死刑立即执行案件基本相同。

高级人民法院复核死刑缓期 2 年执行的案件，应当由审判员 3 人组成合议庭。复核的程序与最高人民法院复核死刑立即执行案件的程序基本相同。此外，合议庭在复核时，必须提审被告人。

高级人民法院对于报请核准的死刑缓期 2 年执行的案件，经审查后，按照下列情形分别处理：

（1）同意判处死刑缓期 2 年执行的，作出予以核准的裁定。

（2）如果认为原判事实不清，证据不足，应当裁定发回原中级人民法院重新审判。对于发回中级人民法院重新审判的案件，重新审判所作出的判决、裁定，被告人可以上诉，人民检察院可以抗诉。

（3）认为原判过重，不同意判处死刑缓期 2 年执行的，可以直接改判。

《六机关规定》第 47 条特别规定，高级人民法院复核判处死刑缓期 2 年执行案件，应当作出核准或者不核准的决定，不能加重被告人的刑罚。即高级人民法院对死刑缓期 2 年执行案件的改判，只能减轻原判刑罚，而不能改判为死刑立即执行，也不得以提高审级等方式加重被告人的刑罚。

第四节　死刑复核程序的改革

死者不可复生，绝者不可复属。

——路温舒：《尚德缓刑书》

改革授权高级人民法院行使部分死刑案件核准权的做法，而将死刑案件核准权统一收归最高人民法院行使后，学术界对此给予了充分肯定与高度评价，认为这是司法改革的重大成果，但对如何充分发挥死刑复核程序的功能学界仍然存在争论。多数学者认为，死刑复核程序是最高人民法院内部单方面进行的行政化审查程序，由于不公开审理，控辩双方特别是辩护律师无法参与，难以发挥各自的作用，导致这一程序的价值受限。因此，对于死刑复核的具体程序，学者们大多认为应当实行诉讼化改造，即应开庭审理，允许人民检察院和律师参与；也有学者主张对死刑案件进行三审终审制改造，以彻底克服死刑复核程序的弊端。这里对死刑复核程序的改革问题进行初步的探讨。

一、死刑复核程序的理论渊源

死刑复核程序作为一种特别程序，对于保证死刑案件的质量具有重要的程序价值，曾发挥过，现在也还在发挥积极的作用。这和死刑复核程序的理论渊源有密切联系。我国死刑复核程序的理论渊源有四个方面：

第一，历史传统。我国封建社会长期实行死刑复奏制度，包括三复奏乃至五复奏，虽更多地体现了封建君主独掌“生杀予夺”大权的皇权权威，但不可否认，在很大程度上体现了对死刑的慎用思想，因为“人命至重”、“人命关天”。死刑复核程序固然非死刑复奏制度所能同日而语，但其形成毕竟受到了历史传统的影响。在一定意义上说，死刑复核程序是对死刑复奏制度的历史承继与现代发展。

第二，慎刑思想。新中国成立后，党和国家对死刑的适用保持了审慎的态度。毛泽东主席曾经形象、风趣而又语重心长地说过：“一颗脑袋落地，历史证明是接不起来的，也不像韭菜那样，割了一次还可以长起来，割错了，想改正错误也没有办法。”[①] 死刑复核程序就是这种思想的法律化、程序化，是中国共产党继承民族历史传统的创造。一般刑事案件实行两审终审制，而死刑案件还必须经过特别的复核程序，即死刑复核程序才是死刑案件的终审程序，体现了对生命价值的尊重。

第三，监督理论。死刑复核程序在启动上具有自动性，判决死刑的下级人民法院应当自动将案件报送高级人民法院、最高人民法院复核、核准，体现了我国宪法预设的上级人民法院主动监督下级人民法院审判活动的设计理念。在我国，上下级人民法院之间是监督与被监督的关系，最高人民法院作为最高审判机关，对地方各级人民法院的审判活动实施监督，高级人民法院作为地方人民法院中的最高审级，对下级人民法院的审判活动实施监督。根据法律规定和司法实践经验，死刑复核程序的任务是，由享有复核权的人民法院对下级人民法院报请复核的死

① 毛泽东：《论十大关系》，载《毛泽东文集》，第7卷，38页，北京，人民出版社，1999。

刑判决、裁定，在认定事实和适用法律上是否正确进行全面审查，依法作出是否核准死刑的决定。对死刑案件进行复核时，必须完成查明原判认定的犯罪事实是否清楚，据以定罪的证据是否确实、充分，罪名是否准确，量刑是否适当，程序是否合法的任务。因此，死刑复核程序就是由最高人民法院对高级人民法院以及中级人民法院、高级人民法院对中级人民法院行使审判监督职能的一种具体表现形式。

第四，程序保障理论。设置死刑复核程序，在“两审”的基础上增加一道专门的复核程序，即比普通案件多设置一道程序，以保障死刑适用的准确性与必要性，体现了对死刑案件更加重视程序保障的理念。

二、死刑复核程序的缺陷分析

死刑复核程序具有重要的程序价值。但是，这一程序在设计上存在一些重大缺陷：

1. 下级法院主动报核，有违法院司法的被动性

现代法院作为司法裁判机构，奉行不告不理的理念，即司法裁判权具有被动性。同时，现代法治国家通过审级制度设计来实现对权利的司法救济。不同审级的法院之间是相互独立的关系，上级法院在诉讼当事人不服下级法院裁判而提出上诉等法定诉讼请求程序时，才审查下级法院的裁判。死刑复核程序实行的是下级法院主动报核的方式，这种统一的带有自动性的上报程序，带有行政审批的性质，与司法的被动性是背道而驰的。正如有论者指出，死刑复核的本质是“核”，不是“审”，“核准”的性质更接近于“批准”，有点类似于政府对重大项目的审批。[①] 事实上，死刑复核程序正是按照审批的思路来设计的，立法并没有按照司法的特征来设计死刑复核程序。

2. 监督色彩浓厚，权利救济功能不足

死刑复核程序的本质是人民法院实行内部监督的一种程序，是监督理论的产物。它强调了上级法院对下级法院的监督职权，是权力型程序，体现出行政权运作的特征。由于没有把救济的主动权赋予诉讼双方，在设计理念上，暴露出权利价值观的缺位。死刑复核程序由下级人民法院主动报核，上级人民法院单方面复查，控辩双方不能有效地参与，被告人、辩护律师难以对复核程序发挥积极影响，导致该程序的权利救济功能严重不足。

3. 完全书面审查，程序价值大大受限

死刑核准程序是以完全书面审查为根本特征的程序，因为“死刑复核程序不需要开庭，也不需提审被告人，公诉人和辩护律师也不介入”[②]。从现行《刑事诉

---

① 参见胡云腾、申庆国、李红兵：《论死刑适用兼论死刑复核程序的完善》，载《人民司法》，2004（2）。

② 胡云腾、申庆国、李红兵：《论死刑适用兼论死刑复核程序的完善》，载《人民司法》，2004（2）。

讼法》的规定看，死刑复核程序是复核法院单方面复查的职权活动，由于只进行书面审查，并不听取控辩双方特别是辩护方的意见，没有权利主体的参与，或者参与性差、程度低，其审查的程序价值十分有限，不利于彻底发现错误，尤其是事实上的错误。由于不通过公开开庭审理的方式进行，导致这种完全抛弃直接言词原则的书面审理具有天然的、无法克服的局限性，其程序价值也就大大受限。

4. 事实问题与法律问题不加区分而全面审查，主次不分，效率太低

死刑复核程序设置的目的在于对原审裁判认定事实和适用法律问题进行全面审查，以纠正错误或者随意化的死刑裁判。实践中复核法院对死刑案件的复核并不以当事人提出异议的范围为限，而是进行全面审查，即全面审查案件的所有事实问题与法律问题。根据《高法解释》的规定，判处死刑立即执行案件报请复核的材料与复核程序将导致复核法官埋头于大量的案卷之中，这种做法很全面但重复劳动，大大加重了法院的工作量，浪费了司法资源。并且这种实体与程序全面审查的制度，无法集中审查有争议的问题，针对性差，纠错功能有限而代价极高。

5. 所有死刑案件均需复核，没有合理配置司法资源

对死刑案件而言，在两审终审制的基础上增加复核程序无疑能够进一步保证死刑案件的质量。而死刑复核程序正是旨在通过对所有死刑案件进行一次复核把关，防止错误，但正是这种未经筛选的全部复查，使得复核没有针对性。对所有的死刑案件实行复核，不仅增大了法院的压力和任务，徒增诉讼成本，而且使得真正有问题的裁决可能被冲淡，甚至被掩盖。

三、死刑案件三审终审制改造——由职权监督型向权利救济型转变

所有保留死刑的国家对死刑的判处都是非常慎重的，在程序上往往设置了一系列保障机制，比如，实行强制辩护制度，提高级别管辖，上诉权的特别规定，等等。以上的特别规定主要适用于普通程序。在美国，目前有3/4的州保留死刑，被州法院判处死刑的罪犯如果不服，可以一直上诉到联邦最高法院，联邦最高法院有权改变州法院的死刑判决。这体现了现代法院重视发挥权利救济功能的价值。那么，死刑复核程序可否借鉴普通程序并吸纳权利救济功能呢？

目前学界的共识是，死刑复核程序改革的方向应是增加程序的公开性与言词形式，扩大控辩双方的参与，发挥该程序权利救济的功能。[①] 其实，这种改革必然导致该程序的实质发生变化，死刑复核程序将不再是原本意义上的程序，而是向独立的审级即“第三审”转换，即意味着对死刑案件进行三审终审制的改造。这

---

① 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部于2007年3月9日发布的《关于进一步严格依法办案确保办理死刑案件质量的意见》第40条、第41条、第42条，关于复核死刑案件“听取辩护人的意见”，“对证据进行调查核实，必要时到案发现场调查”，最高人民法院复核死刑案件“原则上应当讯问被告人”的最新规定，已经改变了单纯书面审查的形式，朝着这个方向在发生积极的变化。

种转变意味着职权监督型程序向权利救济型程序的转换，不仅符合现代司法理念，而且有利于实现权利救济与提高诉讼效率双重价值目标的实现。

经过改革开放30年的发展，我国社会、经济、文化发生了很大的变化，将死刑复核程序改造为独立审级，对死刑案件实行三审终审制改造的条件已经具备。而且可以从死刑案件开始，逐步建立重罪案件三审终审制，为“国家尊重和保障人权”的宪法原则提供更充分的程序保障。改革开放30年来取得的支撑死刑案件实行三审终审制改造的成就主要表现在以下几个方面：第一，我国经济快速发展，综合国力以及公民个人的经济能力大大增强。第二，交通、通讯、网络事业取得了长足的进步。第三，我国律师制度、辩护制度有了很大的发展。第四，尊重与保障人权的观念获得立法确认，并在全社会得以弘扬。第五，主体意识、程序意识增强，程序的价值被广为传扬。

对死刑案件进行三审终审制改造，是基于死刑剥夺生命的不可再生性而赋予被告人比非死刑被告人多一次的上诉机会。通过设立这种救济型程序，为被告人增加获得救济的机会，从而加强人权保障。死刑案件施行三审终审，赋予诉讼双方主要是辩护方权利救济的主动性，体现了权利本位的程序价值观。具体来说，在取消死刑复核程序的同时，规定死刑案件实行三审终审制，作为两审终审制的例外。为了更好地理顺审级关系，发挥审级救济的功能，应修改刑事诉讼法，将高级人民法院、最高人民法院所有一审管辖的刑事案件划归中级人民法院，这样，中级人民法院也就成为所有死刑案件的初审法院。由于中级人民法院管辖第一审死刑案件，实行三审终审制，被告人就可以在最高人民法院这一最高审判机关得到救济的机会，同样可以实现设立死刑复核程序以保证正确适用死刑的最终目的。死刑案件实行三审制改造，对立法的冲击不大，在宪法以及刑事诉讼法等基本法律中变换表述即可。

【问题与思考】

1. 死刑案件的复核程序是怎样的?
2. 如何完善死刑复核程序?
3. 死刑复核程序与死刑案件三审终审制有什么区别?
4. 案例讨论：

(1) 关于死刑复核程序，下列哪些选项是正确的?（2008年司法考试真题）

A. 赵某因故意杀人罪和贩毒罪分别被判处死刑，最高人民法院对案件进行复核时，认为张某贩毒罪的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，但故意杀人罪的死刑判决事实不清、证据不足，遂对全案裁定不予核准，撤

销原判，发回重审

B. 钱某因绑架罪和抢劫罪分别被判处死刑，最高人民法院在对案件进行复核时，发现钱某绑架罪的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、诉讼程序合法，抢劫罪的死刑判决认定事实清楚，但依法不应当判处死刑，遂对绑架罪作出核准死刑的判决，对抢劫罪的死刑判决予以改判

C. 孙某伙同李某持枪抢劫银行被分别判处死刑，最高人民法院进行复核时发现孙某的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，李某的死刑判决认定事实不清、证据不足，遂对全案裁定不予核准

D. 周某伙同吴某劫持航空器致人重伤被分别判处死刑，最高人民法院在复核时发现周某的死刑判决认定事实和适用法律正确、量刑适当、程序合法，吴某的死刑判决认定事实清楚，但依法不应当判处死刑，遂对周某作出核准死刑的判决，对吴某的死刑判决予以改判

（2）2007年6月30日，某市中级人民法院对谭某抢劫案进行了公开审理。法庭查明，谭某抢劫一案事实清楚，证据确实、充分，抢劫数额特别巨大，社会影响极坏，依法判处谭某死刑立即执行，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产。判决后3日，该市中级人民法院报请高级人民法院复核，为防止谭某家人转移财产，依据《刑事诉讼法》的规定，没收财产的判决由人民法院执行，遂于当日没收谭某的全部财产。

高级人民法院指派一名审判员对谭某抢劫案进行审理后认为，谭某用自制的炸药包作为抢劫工具，抢劫该市银行的事实，有市中级人民法院一审开庭时宣读、出示和查证属实的证人证言、物证、鉴定结论等证据证实，谭某本人亦曾供述，足以认定。谭某的行为社会影响极坏，犯罪情节特别恶劣，应依法惩处。此案一审判决认定事实清楚，证据确实、充分，定罪准确、量刑适当，审判程序合法，遂判决同意判处谭某死刑立即执行，剥夺政治权利终身。高级人民法院报请最高人民法院核准，经核准认为，原判认定事实和适用法律正确，量刑适当，诉讼程序合法，裁定予以核准死刑。由最高人民法院院长于9月3日签发了死刑命令并送达原审人民法院。谭某提出想会见妻子和女儿，并提供具体地址和联系方式。

死刑执行前，谭某揭发了其原任职单位某一领导的重大行贿受贿犯罪事实（后经查证属实），但原审人民法院认为谭某主观恶性很大，仍决定于9月18日执行死刑，在司法警察的现场监督下，完成了死刑执行。

问题：

1）该市中级人民法院的做法有哪些不符合法律规定？为什么？

2）高级人民法院的做法有哪些不符合法律规定？为什么？

3）最高人民法院未讯问谭某，是否违反了程序法的规定？为什么？

4）对于谭某的会见请求，人民法院应该如何处理？
5）原审人民法院在执行过程中，有哪些做法违反了规定？请说明理由。
6）若执行停止，原审人民法院应该如何处理？

第十九章
审判监督程序

第一节 审判监督程序的概念和特点
一、审判监督程序的概念
二、审判监督程序的特点

第二节 审判监督程序的提起
一、提起审判监督程序的材料来源
二、提起审判监督程序的主体
三、提起审判监督程序的理由
四、提起审判监督程序的方式

第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判
一、再审立案
二、重新审判的程序
三、重新审判后的处理
四、重新审判的期限

第四节 审判监督程序的改革
一、各国关于生效裁判的救济程序
二、我国审判监督程序的改革

本章概要

国家刑罚权的行使应当力求准确无误，才能符合公平、正义的司法理念。然而，受主、客观条件的限制，生效判决总是存在错误的可能性。基于不同的法律传统与诉讼理念，大陆法系国家发展了较为完备的再审制度，而英美法系国家的再审程序并不发达。我国在“实事求是、有错必纠”理念指导下，设立了审判监督程序。我国审判监督程序在价值取向上有必要进行调整，具体程序需要进一步改革。

关键术语

审判监督程序　再审程序　申诉　决定再审　指令再审　决定提审　提出抗诉　再审不加刑　中止审理　终止审理　审判监督程序的改革

第一节　审判监督程序的概念和特点

一、审判监督程序的概念

审判监督程序，又称再审程序，是指人民法院、人民检察院对于已经发生法律效力的判决和裁定，发现在认定事实或者适用法律上确有错误，予以提出并由人民法院对该案重新审判所应遵循的步骤和方式、方法。

审判监督程序，是整个刑事诉讼的重要组成部分。只有对于已经发生法律效力而且确有错误的判决和裁定才能适用，因此，它是一种特殊救济程序。

二、审判监督程序的特点

审判监督程序有以下特点：

1. 审判监督程序的审理对象是已经发生法律效力的判决和裁定，包括正在执行和已经执行完毕的判决和裁定。

2. 审判监督程序是由各级人民法院院长提交本院审判委员会决定，或最高人民法院、上级人民法院决定，或者最高人民检察院、上级人民检察院提出抗诉而提起的。

3. 审判监督程序必须经有权的人民法院或者人民检察院审查，认为已生效的判决、裁定在认定事实或者适用法律上确有错误时，才能提起。

4. 2002 年 9 月 10 日颁布，自 2002 年 11 月 1 日起施行的最高人民法院《关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》（以下简称《若干意见》）对申诉的期限作了规定。据此，审判监督程序的提起不再是无期限限制的。请参见本章第二

节有关申诉受理的内容。

5. 按照审判监督程序审判案件的法院，既可以是原审人民法院，也可以是提审的任何上级人民法院。

6. 按照审判监督程序审判案件将根据原来是第一审案件或第二审案件，而分别依照第一审程序和第二审程序进行。

7. 具有特定情形的，再审不得加重原审被告人（原审上诉人）的刑罚。这是 2001 年 12 月 26 日公布，自 2002 年 1 月 1 日起施行的最高人民法院《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定（试行）》（以下简称《具体规定》）新增的规定。请参见本章第三节的有关内容。

第二节　审判监督程序的提起

一、提起审判监督程序的材料来源

提起审判监督程序的材料来源主要有：当事人及其法定代理人、近亲属的申诉；人民法院、人民检察院在办案过程中和检查工作时发现的错误裁判；各级人民代表大会代表提出的纠正错案的议案；机关、团体、企事业单位、新闻媒介、人民群众等，对生效判决、裁定提出的质疑、意见和情况反映等。上述材料来源并不必然引起审判监督程序。是否提起审判监督程序，取决于是否具有法定的理由。

在上述提起审判监督程序的材料来源中，当事人及其法定代理人、近亲属的申诉是最主要的形式。

（一）申诉的概念

审判监督程序中的申诉，是当事人及其法定代理人、近亲属认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定有错误，要求人民法院或者人民检察院进行审查处理的一种请求。《刑事诉讼法》第 203 条规定：当事人及其法定代理人、近亲属，对已经发生法律效力的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。当事人及其法定代理人、近亲属与案件的结局有直接的利害关系，为维护其合法权益，法律赋予了他们对已经发生法律效力的判决、裁定提出申诉的权利。

审判监督程序中的申诉不同于上诉。两者的主要区别有：

1. 对象不同。申诉的对象是已经发生法律效力的判决、裁定，而上诉的对象是尚未发生法律效力的一审判决、裁定。

2. 主体范围不同。申诉的主体是当事人及其法定代理人、近亲属；上诉的主体是被告人、自诉人、附带民事诉讼当事人及其法定代理人、经被告人同意的被告人的辩护人及近亲属。

3. 受理的机关不同。受理申诉的机关既包括原审人民法院及其上级人民法院，也包括与上述各级人民法院对应的人民检察院；而受理上诉的机关只能是原审人民法院及其上一级人民法院。

4. 期限不同。对于申诉，刑事诉讼法没有规定期限，但最高人民法院的司法解释规定了申诉的期限，一般为刑罚执行完毕2年内（请参见下面有关申诉受理的内容）；而对于上诉，法律规定了期限，即对判决、裁定提起上诉的期限分别是10日和5日。

5. 后果不同。申诉只是提起审判监督程序的一种材料来源，不能停止生效判决、裁定的执行；而上诉必然引起第二审程序，导致一审判决、裁定不能生效。

（二）申诉的提出、受理及审查处理

《若干意见》对再审申诉作了进一步规范。

1. 申诉的提出和受理

当事人及其法定代理人、近亲属的申诉，既可以向人民法院提出，也可以向人民检察院提出。以下仅叙述向人民法院提出申诉的程序。

（1）申诉的提出。申诉人向人民法院申诉，应当提交以下材料：1）申诉状，应当载明当事人的基本情况、申诉的事实与理由；2）原一、二审判决书、裁定书等法律文书，经过人民法院复查或再审的，应当附有驳回通知书、再审判决书或裁定书；3）以有新的证据证明原裁判认定的事实确有错误为由申诉的，应当同时附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片；需要人民法院调查取证的，应当附有证据线索。申诉不符合前述规定的，人民法院不予审查。

（2）申诉的受理。人民法院对刑事案件的申诉人在刑罚执行完毕后两年内提出的申诉，应当受理；超过两年提出申诉，具有下列情形之一的，应当受理：1）可能对原审被告人宣告无罪的；2）原审被告人在《若干意见》规定的期限内向人民法院提出申诉，人民法院未受理的；3）属于疑难、复杂、重大案件的。

不符合前述规定的，人民法院不予受理。此外，以下情形下亦不予受理：1）人民法院对不符合法定主体资格的申诉，不予受理。2）上级人民法院对经终审法院的上一级人民法院依照审判监督程序审理后维持原判，或者经两级人民法院依照审判监督程序复查均驳回的申诉案件，一般不予受理。但申诉人提出新的理由，且符合《刑事诉讼法》第204条及《若干意见》规定的条件的，以及刑事案件的原审被告人可能被宣告无罪的除外。3）最高人民法院再审裁判或者复查驳回的案件，申诉人仍不服而提出申诉的，不予受理。

2. 申诉的审查处理

（1）人民法院对申诉的审查处理。根据《若干意见》的规定，受理、审查处理申诉一般由终审人民法院进行。上一级人民法院对未经终审人民法院审查处理的申诉，一般交终审人民法院审查；对经终审人民法院审查处理后仍坚持申诉的，应当受理。对未经终审人民法院及其上一级人民法院审查处理，直接向上级人民

法院申诉的，上级人民法院应当交下一级人民法院处理。

对最高人民法院核准死刑的案件或者授权高级人民法院核准死刑案件的申诉，可以由原核准的人民法院直接处理，也可以交由原审人民法院审查。原审人民法院应当写出审查报告，提出处理意见，逐级上报原核准的人民法院审定。

人民法院受理申诉后，应当在 3 个月内作出决定，至迟不得超过 6 个月。

人民法院经过审查，认为有《刑事诉讼法》第 204 条规定的情形之一的，应当按照审判监督程序重新审判。这些情形包括：1）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误；2）据以定罪量刑的证据不确实、不充分，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾；3）原判决、裁定适用法律确有错误；4）审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为。《若干意见》第 7 条则作了进一步的规定，即对终审刑事裁判的申诉，具备下列情形之一的，人民法院应当决定再审：1）有审判时未收集到的或者未被采信的证据，可能推翻原定罪量刑的；2）主要证据不充分或者不具有证明力的；3）原裁判的主要事实依据被依法变更或撤销的；4）据以定罪量刑的主要证据自相矛盾的；5）引用法律条文错误或者违反《刑法》第 12 条的规定适用失效法律的；6）违反法律关于溯及力的规定的；7）量刑明显不当的；8）审判程序不合法，影响案件公正裁判的；9）审判人员在审理案件时索贿受贿、徇私舞弊并导致枉法裁判的。

人民法院经过审查，对不符合上述情形的申诉，应当说服申诉人撤回申诉；对仍然坚持申诉的，应当书面通知驳回。申诉人对驳回申诉不服的，可以向上一级人民法院申诉。上一级人民法院经审查认为申诉不符合《刑事诉讼法》第 204 条的规定的，应当予以驳回。经两级人民法院处理后又提出申诉的，如果没有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

此外，《若干意见》第 11 条还规定，人民法院对刑事附带民事案件中仅就民事部分提出申诉的，一般不予再审立案，但有证据证明民事部分明显失当且原审被告人有赔偿能力的除外。

（2）人民检察院对申诉的审查处理。根据《检察院规则》的规定，当事人及其法定代理人、近亲属对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误而向人民检察院申诉的，人民检察院控告申诉部门、监所检察部门应当分别受理，依法审查，并将审查结果告知申诉人。

人民检察院对申诉材料应迅速审查，认为需要复查的，由承办人填写案件处理呈批表，经主管领导批准后复查。对批准复查的申诉案件，应当拟订复查计划，确定需要查清的主要问题以及复查的方法、步骤、措施和完成的时间等。复查终结后，办案人员应制作结案报告，内容包括：1）申诉的主要问题和主要事实；2）查证的情况和结果；3）复查处理的意见。结案须经部门负责人批准。重大的案件应报检察长或检察委员会批准。结案处理，必须履行法律手续。法院原判决、裁定正确的，驳回申诉，并制作驳回申诉通知书。原判决、裁定确有错误，需要

纠正的，应制作改判建议书，建议人民法院重新审理；必要时经报检察长或检察委员会决定，可按审判监督程序提出抗诉。

二、提起审判监督程序的主体

为维护已经发生法律效力的判决和裁定的严肃性与稳定性，刑事诉讼法对提起审判监督程序的主体及其权限作了明确规定。根据《刑事诉讼法》第205条的规定，有权提起审判监督程序的主体有：

1. 各级人民法院院长和审判委员会

《刑事诉讼法》第205条第1款规定：各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实上或者在适用法律上确有错误，必须提交审判委员会处理。这是各级人民法院院长和审判委员会提起审判监督程序的法律依据。

需要指出的是，各级人民法院院长和审判委员会提起审判监督程序的对象只能是本院的已经发生法律效力的判决、裁定，而不能是上级或者其他同级人民法院的已经发生法律效力的判决、裁定。如果院长发现原属本院第一审，但又经上一级人民法院二审的判决或裁定确有错误，则只能向二审人民法院提出意见，由第二审人民法院决定是否提起审判监督程序。而且对本院已经发生法律效力的判决、裁定提起审判监督程序的权力，应由院长和审判委员会共同行使，即院长提交审判委员会处理，由审判委员会讨论决定是否提起审判监督程序。

根据《若干意见》第1条的规定，各级人民法院、专门人民法院对本院作出的终审裁判，经复查认为符合再审立案条件的，应当决定或裁定再审。

2. 最高人民法院和上级人民法院

《刑事诉讼法》第205条第2款规定：最高人民法院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，有权提审或者指令下级人民法院再审。

根据《若干意见》第4条的规定，上级人民法院对下级人民法院作出的终审裁判，认为确有必要的，可以直接立案复查；经复查认为符合再审立案条件的，可以决定再审。

3. 最高人民检察院和上级人民检察院

《刑事诉讼法》第205条第3款规定：最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。人民检察院是我国的法律监督机关，对人民法院作出的已经发生法律效力的判决、裁定，如果发现确有错误，有权按照审判监督程序提出抗诉。这是人民检察院行使审判监督权的重要方式。必须指出的是，有权按照审判监督程序提起抗诉的只能是最高人民检察院和上级人民检察院。地方各级人民检察院发现同级人

民法院作出的已经发生法律效力的判决和裁定确有错误的，无权按照审判监督程序提出抗诉，应当报请上级人民检察院按照审判监督程序，向它的同级人民法院提出抗诉。

三、提起审判监督程序的理由

法令承认提供的事实并根据事实来宣布制定的法律后果。但是事实并不是现成地提供给我们的。确定事实是一个充满着可能出现许许多多错误的过程。错误认定曾导致过许多错案。

——【美】罗·庞德

提起审判监督程序的理由，又称提起审判监督程序的条件，为了维护生效判决、裁定的严肃性及稳定性，刑事诉讼法对提起审判监督程序的理由，作了严格的限制性规定。

只有经过认真审查，发现已经生效的判决、裁定在认定事实上或者适用法律上确有错误，才具备提起审判监督程序的理由。具体而言，提起审判监督程序的理由有以下几种：

1. 原判决、裁定在认定事实上确有错误。这主要是指原判决、裁定认定的主要事实或重大情节不清楚或者失实。主要有以下几种情况：（1）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误；（2）据以定罪量刑的证据不确实、不充分，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾。

2. 原判决、裁定在适用法律上确有错误。这主要是指没有正确地适用刑事实体法和执行刑事政策，导致定罪不准、量刑显失公正。主要表现是：（1）有罪判无罪，无罪判有罪，混淆罪与非罪的界限。（2）重罪轻判，轻罪重判，量刑不当。（3）认定罪名不正确，一罪判数罪，数罪判一罪，影响定罪量刑或者造成严重的社会影响。（4）免予刑事处罚或者适用缓刑错误。（5）对具有法定从重、从轻、减轻处罚情节的，没有依法从重、从轻、减轻处罚，使量刑显失公正的。

3. 严重违反法律规定的诉讼程序，影响了对案件的正确裁判。法律规定的诉讼程序是正确裁判案件的保证，如果违反则无以保证裁判的正确作出。严重违反法律规定的诉讼程序，以致影响了案件的正确裁判，亦是提起审判监督程序的理由。严重违反法律规定的诉讼程序的情形包括：违反刑事诉讼法关于公开审判的规定；违反回避制度；审判组织的组成不合法，等等。

4. 审判人员在审理该案件时，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判的行为。

四、提起审判监督程序的方式

根据《刑事诉讼法》第205条的规定，提起审判监督程序的方式有：决定再审，指令再审，决定提审和提出抗诉。

（一）决定再审

这是指各级人民法院院长对本院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现在认定事实或者适用法律上确有错误，经提交审判委员会讨论决定再审，从而提起审判监督程序的一种方式。它是各级人民法院对本院发生法律效力的判决和裁定提起审判监督程序所采取的方式。

（二）指令再审

这是指最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，如果发现确有错误，可以指令下级人民法院再审，从而提起审判监督程序的一种方式。它是最高人民法院对各地方人民法院、上级人民法院对下级人民法院实行审判监督的一种方式。

（三）决定提审

这是指最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，需要重新审理，而直接组成合议庭，调取原审案卷和材料，并进行审判，从而提起审判监督程序的一种方式。它是最高人民法院对地方各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定，向该院提起审判监督程序的方式。

应当指出，指令再审和决定提审都是上级人民法院对下级人民法院发生法律效力的判决、裁定提起审判监督程序的方式。为便于再审案件审理时传唤当事人和其他诉讼参与人出庭，以及就地复查证据，核实案情，一般应由最高人民法院和上级人民法院指令原终审人民法院再审。对于原判决、裁定认定事实正确，但是在适用法律上有错误，或者案情疑难、复杂、重大的，或者有其他不宜由原审人民法院审理的情况的案件，也可以提审。

决定再审、指令再审和决定提审，都是人民法院提起审判监督程序的方式。人民法院根据上述方式重新审判的，应当制作再审决定书。

（四）提出抗诉

这是最高人民检察院对各级人民法院发生法律效力的判决和裁定，上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定，如果发现确有错误，向同级人民法院提出抗诉，从而提起审判监督程序的一种方式。它是人民检察院提起审判监督程序的方式。

《检察院规则》第406条规定，人民检察院认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定确有错误，具有下列情形之一的，应当按照审判监督程序向人民法院提出抗诉：（1）有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；（2）据以定罪量刑的证据不确实、不充分，或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；（3）原判决、裁定适用法律确有错误的；（4）审判人员在审理该案件的时候，有

贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的。

对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定需要提出抗诉的，由控告申诉部门报请检察长提交检察委员会讨论决定。人民检察院决定抗诉后，由审查起诉部门出庭支持抗诉。

最高人民检察院发现各级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定，上级人民检察院发现下级人民法院已经发生法律效力的判决或者裁定确有错误时，可以直接向同级人民法院提出抗诉，或者指令作出生效判决、裁定人民法院的上一级人民检察院向同级人民法院提出抗诉。人民检察院按照审判监督程序向人民法院提出抗诉的，应当将抗诉书副本报送上一级人民检察院。

人民法院在收到人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的刑事抗诉书后，应当根据不同情况，分别处理：

(1) 不属于本院管辖的，决定退回人民检察院。

(2) 按照抗诉书提供的原审被告人（原审上诉人）住址无法找到原审被告人（原审上诉人）的，人民法院应当要求提出抗诉的人民检察院协助查找；经协助查找仍无法找到的，决定退回人民检察院。

(3) 抗诉书没有写明原审被告人（原审上诉人）准确住址的，应当要求人民检察院在 7 日内补充；经补充后仍不明确或逾期不补的，裁定维持原判。

(4) 以有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误为由提出抗诉，但抗诉书未附有新的证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，人民检察院应当在 7 日内补充；经补充后仍不完备或逾期不补的，裁定维持原判。

人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的案件，接受抗诉的人民法院应当组成合议庭重新审理；对于原判决事实不清或者证据不足的，可以指令下级人民法院再审，并将指令再审的决定书抄送抗诉的人民检察院。对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起 1 个月以内作出决定。

提出抗诉，是人民检察院提起审判监督程序的方式。人民法院根据这种方式重新审判的案件，不必制作再审决定书。

必须指出的是，人民法院决定按照审判监督程序重新审判的案件，再审期间不停止原判决、裁定的执行。

人民检察院依据审判监督程序提起的抗诉，亦称再审抗诉，它与人民检察院依照第二审程序提出的二审抗诉，都是人民检察院对人民法院的审判活动实施法律监督的重要方式。两种抗诉主要有以下区别：

1. 抗诉的对象不同。二审抗诉的对象是地方各级人民法院尚未发生法律效力的一审判决、裁定；而再审抗诉的对象是已经发生法律效力的判决和裁定。

2. 抗诉的权限不同。除最高人民检察院外，任何一级人民检察院都有权对同级人民法院的一审判决、裁定提出二审抗诉。而除最高人民检察院有权对同级的最高人民法院发生法律效力的判决、裁定提出再审抗诉外，其他各级人民检察院

只能对其下级人民法院发生法律效力的判决、裁定提出再审抗诉。可见，基层人民检察院只能提出二审抗诉，无权提出再审抗诉；而最高人民检察院只能提出再审抗诉，无权提出二审抗诉。

3. 接受抗诉的审判机关不同。接受二审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的上一级人民法院；而接受再审抗诉的是提出抗诉的人民检察院的同级人民法院。

4. 抗诉的期限不同。二审抗诉必须在法定期限内提出，而法律对再审抗诉的提起没有规定期限。

5. 抗诉的效力不同。二审抗诉将阻止第一审判决、裁定发生法律效力；而再审抗诉并不导致原判决、裁定在人民法院按照审判监督程序重新审判期间执行的停止。

第三节 依照审判监督程序对案件的重新审判

一、再审立案

地方各级人民法院、专门人民法院负责下列案件的再审立案：（1）本院作出的终审裁判，符合再审立案条件的；（2）下一级人民法院复查驳回或者再审改判，符合再审立案条件的；（3）上级人民法院指令再审的；（4）人民检察院依法提出抗诉的。

最高人民法院负责下列案件的再审立案：（1）本院作出的终审裁判，符合再审立案条件的；（2）高级人民法院复查驳回或者再审改判，符合再审立案条件的；（3）最高人民检察院依法提出抗诉的；（4）最高人民法院认为应由自己再审的。

二、重新审判的程序

（一）再审和提审

人民法院依照审判监督程序对已经发生法律效力的判决、裁定重新审判有再审和提审两种情形。

再审是指作出生效判决、裁定的人民法院根据再审决定或者再审指令对案件重新审判的程序。人民法院进行再审，应当严格遵守刑事诉讼法的有关规定：（1）应当另行组成合议庭进行再审。原来审判该案的合议庭成员，应当回避。（2）如果重新审判的案件，原来是第一审案件，应当依照第一审程序进行审判，所作的判决、裁定，可以上诉、抗诉；如果原来是第二审案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

提审是指最高人民法院对地方各级人民法院、上级人民法院对下级人民法院已经发生法律效力的判决、裁定发现确有错误，或者接受同级人民检察院的再审抗诉后，直接调取原审案卷和材料，并组成合议庭对案件进行审判的程序。最高

人民法院、上级人民法院按照审判监督程序提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作的判决、裁定，是终审的判决、裁定。

（二）开庭审理、不开庭审理与不得加重刑罚的情形

最高人民法院《具体规定》第 5 条规定，人民法院审理下列再审案件应当依法开庭审理：（1）依照第一审程序审理的；（2）依照第二审程序需要对事实或者证据进行审理的；（3）人民检察院按照审判监督程序提出抗诉的；（4）可能对原审被告人（原审上诉人）加重刑罚的；（5）有其他应当开庭审理的情形的。

《具体规定》第 6 条规定，下列再审案件可以不开庭审理：（1）原判决、裁定认定事实清楚，证据确实、充分，但适用法律错误，量刑畸重的；（2）1979 年《刑事诉讼法》施行以前裁判的；（3）原审被告人（原审上诉人）、原审自诉人已经死亡，或者丧失刑事责任能力的；（4）原审被告人（原审上诉人）在交通十分不便的边远地区监狱服刑，提押到庭确有困难，但人民检察院提出抗诉的，人民法院应征得人民检察院的同意；（5）人民法院按照审判监督程序决定再审，按本规定第 9 条第 4 项"将开庭的时间、地点在开庭 7 日以前通知人民检察院"的规定，经两次通知，人民检察院不派员出庭的。

《具体规定》第 7 条规定，人民法院审理共同犯罪再审案件，如果人民法院再审决定书或者人民检察院抗诉书只对部分同案原审被告人（同案原审上诉人）提起再审，其他未涉及的同案原审被告人（同案原审上诉人）不出庭不影响案件审理的，可以不出庭参与诉讼；部分同案原审被告人（同案原审上诉人）具有本规定第 6 条第 3、4 项规定的情形不能出庭的，不影响案件的开庭审理。

根据《具体规定》第 8 条的规定，除人民检察院抗诉的以外，再审一般不得加重原审被告人（原审上诉人）的刑罚；根据《具体规定》第 6 条第 2～5 项以及第 7 条的规定，不具备开庭条件可以不开庭审理的，或者可以不出庭参加诉讼的，不得加重未出庭原审被告人（原审上诉人）、同案原审被告人（同案原审上诉人）的刑罚。

（三）开庭前的工作

人民法院在开庭审理前，应当进行下列工作：

（1）确定合议庭的组成人员；（2）将再审决定书、申诉书副本至迟在开庭 30 日前，重大、疑难案件至迟在开庭 60 日前送达同级人民检察院并通知其查阅案卷和准备出庭；（3）将再审决定书或抗诉书副本至迟在开庭 30 日以前送达原审被告人（原审上诉人），告知其可以委托辩护人或者依法为其指定承担法律援助义务的律师担任辩护人；（4）至迟在开庭 15 日前，重大、疑难案件至迟在开庭 60 日前，通知辩护人查阅案卷和准备出庭；（5）将开庭的时间、地点在开庭 7 日以前通知人民检察院；（6）传唤当事人，通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭 7 日以前送达；（7）公开审判的案件，在开庭 7 日以前先期公布案由、原审被告人（原审上诉人）姓名、开庭时间和地点。

控辩双方收到再审决定书或抗诉书后，人民法院通知开庭之日前，可以提交新的证据。开庭后，除对原审被告人（原审上诉人）有利的外，人民法院不再接纳新证据。

人民法院应当在开庭30日前通知人民检察院、当事人或者辩护人查阅、复制双方提交的新证据目录及新证据复印件、照片；应当在开庭15日前通知控辩双方查阅、复制人民法院调取的新证据目录及新证据复印件、照片等证据。

（四）提押、中止执行及强制措施

人民法院决定再审或者受理抗诉书后，原审被告人（原审上诉人）正在服刑的，人民法院可以依据再审决定书或者抗诉书及提押票等文书办理提押。

原审被告人（原审上诉人）在押，再审可能改判宣告无罪的，人民法院裁定中止执行原裁决后，可以取保候审。

原审被告人（原审上诉人）不在押，确有必要采取强制措施并符合法律规定的采取强制措施条件的，人民法院裁定中止执行原裁决后，可以依法采取强制措施。

（五）审理程序

参与过本案第一审、第二审、复核程序审判的合议庭组成人员，不得参与本案的再审程序的审判。

开庭审理前，合议庭应当核实原审被告人（原审上诉人）何时因何案被人民法院依法裁判，在服刑时有无重新犯罪，有无减刑、假释，何时刑满释放等情形。原审被告人（原审上诉人）到达开庭地点后，合议庭应当查明原审被告人（原审上诉人）的基本情况，告知原审被告人（原审上诉人）享有辩护权和最后陈述权，制作笔录后，分别由该合议庭成员和书记员签名。

开庭审理时，审判长宣布合议庭组成人员及书记员，公诉人、辩护人、鉴定人和翻译人员的名单，并告知当事人、法定代理人享有申请回避的权利。人民法院审理人民检察院提出抗诉的再审案件，对人民检察院接到出庭通知后未出庭的，应当裁定按人民检察院撤回抗诉处理，并通知诉讼参与人。

人民法院决定再审的，由合议庭组成人员宣读再审决定书。根据人民检察院提出抗诉进行再审的，由公诉人宣读抗诉书。当事人及其法定代理人、近亲属提出申诉的，由原审被告人（原审上诉人）及其辩护人陈述申诉理由。

在审判长主持下，控辩双方应就案件的事实、证据和适用法律等问题分别进行陈述。合议庭对控辩双方无争议和有争议的事实、证据及适用法律问题进行归纳，予以确认。

在审判长主持下，就控辩双方有争议的问题，进行法庭调查和辩论；控辩双方对提出的新证据或者有异议的原审据以定罪量刑的证据进行质证。

进入辩论阶段，原审被告人（原审上诉人）及其法定代理人、近亲属提出申诉的，先由原审被告人（原审上诉人）及其辩护人发表辩护意见，然后由公诉人发言，被害人及其代理人发言；被害人及其法定代理人、近亲属提出申诉的，先

由被害人及其代理人发言，公诉人发言，然后由原审被告人（原审上诉人）及其辩护人发表辩护意见；人民检察院提出抗诉的，先由公诉人发言，被害人及其代理人发言，然后由原审被告人（原审上诉人）及其辩护人发表辩护意见；既有申诉又有抗诉的，先由公诉人发言，后由申诉方当事人及其代理人或者辩护人发言或者发表辩护意见，然后由对方当事人及其代理人或辩护人发言或者发表辩护意见。

公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人经审判长许可，可以互相辩论。

合议庭根据控辩双方举证、质证和辩论情况，可以当庭宣布认证结果。

人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当对原判决、裁定认定的事实、证据和适用法律进行全面审查。

按照审判监督程序进行再审的刑事自诉案件，应当依法作出判决、裁定；附带民事部分可以调解结案。

对于再审改判宣告无罪并依法享有申请国家赔偿权利的当事人，宣判时合议庭应当告知其该判决发生法律效力后即有申请国家赔偿的权利。

（六）中止审理与终止审理

原审被告人（原审上诉人）收到再审决定书或者抗诉书后下落不明或者未到庭的，人民法院应当中止审理；原审被告人（原审上诉人）到案后，恢复审理；如果超过 2 年仍查无下落的，应当裁定终止审理。

三、重新审判后的处理

根据《高法解释》第 312 条的规定，人民法院依照审判监督程序对案件重新审理后，应当按照下列情形分别处理：

1. 原判决、裁定认定事实和适用法律正确，量刑适当的，应当裁定驳回申诉或者抗诉。

2. 原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判。

3. 应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚。

4. 按照第二审程序审理的案件，原判决、裁定认定事实不清，证据不足，经再审查清事实的，应当依法作出判决；经审理仍无法查清，证据不足，不能认定原审被告人有罪的，应当以证据不足，指控的犯罪不能成立，判决宣告被告人无罪。

需要说明的是，最高人民法院于 2003 年 11 月 26 日下发的《关于报送按照审判监督程序改判死刑被告人在死缓考验期内故意犯罪应当执行死刑的复核案件的通知》规定："根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零六条、第二百条，《中华人民共和国刑法》第五十条的规定，今后凡是按照审判监督程序改判被告人

死刑，被告人在死缓考验期内故意犯罪应当执行死刑的死刑复核案件，一律报送最高人民法院核准。”可见，按照审判监督程序改判被告人死刑，以及被告人在死刑缓期2年执行考验期内故意犯罪应当执行死刑的，都仍然应当经过死刑复核程序。

四、重新审判的期限

根据《刑事诉讼法》第207条以及有关司法解释的规定，人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，应当在作出提审、再审决定之日起3个月以内审结；需要延长期限的，经本院院长批准，可以延长3个月。

接受抗诉的人民法院按照审判监督程序审判抗诉的案件，审理期限适用上述规定，自接受抗诉之日起计算；对需要指令下级人民法院再审的，应当自接受抗诉之日起1个月以内作出决定，下级人民法院审理案件的期限亦适用上述规定，并自收到指令再审决定之日起计算。自接到阅卷通知后的第二日起，人民检察院查阅案卷超过7日后的期限，不计入再审审理期限。

第四节 审判监督程序的改革

一、各国关于生效裁判的救济程序

任何人已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪者，不得就同一罪名再予审判或惩罚。

——《公民权利与政治权利国际公约》第14条第7项

如本书第四章第三节之“八、禁止重复追究原则”部分所述，两大法系国家都遵行禁止重复追究原则，即对被追究者的行为，一旦作出有罪或无罪的确定判决，便不得再次对同一行为予以刑事追究。大陆法系国家将这一原则称为“一事不再理”，英美法系国家则称为“禁止双重危险”，二者体现了相同的精神实质。

禁止重复追究作为一项基本原则，有一定的例外。英美法系国家严格奉行“禁止双重危险原则”，其再审制度并不发达。不过，根据2003年英国《刑事司法法》的规定，这一原则在英国已经有所松动。[①] 相对而言，大陆法系国家大都设置了较为完备的再审制度，对申请再审的理由、主体、程序等都有明确的法律规定。但大陆法系国家之间的再审制度亦有差异，大致可分为法国主义与德国主义两种模式。法国主义的根本特点在于，只许可为被告人利益而提起的再审，禁止提起不利于被告人的再审；德国主义的根本特点在于再审不仅为被告人利益可以提起，而且为被告人不利益也可以提起，而且只有对裁决事实认定错误的再审，但确立

---

① 参见李昌盛：《禁止双重危险原则在英国的发展》，载《人民检察》，2006（12上）。

了再审不加刑原则。

两大法系国家关于禁止重复追究原则的确立给我国的启示是，应当维护生效裁判的稳定性，并应与全面维护被追诉者的权利结合起来。

二、我国审判监督程序的改革

近年来，刑事诉讼法学界对审判监督程序进行了较为全面、深入的研究，实务部门也要求改革审判监督程序，以解决“五无限”的问题，即“主体无限”、“时间无限”、“次数无限”、“审级无限”、“理由无限”，认为现行申诉、再审制度既不利于维护司法公正，也不利于提高司法效率。[①] 在法学界和实务部门发出改革的呼声后，最高人民法院强化了“审监”工作，提出改革的目标是解决几个“无限”的问题，要由无限申诉、无限再审、无限抗诉改为有限申诉、有限再审、有限抗诉。[②] 为此，相继采取了诸多有力的举措：于 2000 年进行内设机构改革，设立审判监督庭集中审理再审案件，提出以机构改革促再审程序改革；于 2001 年 12 月 26 日、2002 年 9 月 10 日先后公布了《关于刑事再审案件开庭审理程序的具体规定（试行）》、《关于规范人民法院再审立案的若干意见（试行）》两个司法解释。审判监督庭的成立，为“审监”工作奠定了组织基础，而接连公布的两个司法解释则对“审监”程序作了进一步规范，弥补了立法的不足，其中前者是对 1990 年 1 月 12 日发布的《关于刑事再审案件开庭审理程序的意见》的修改和补充，后者则是首次对三大诉讼法中再审程序的立案问题作出统一规定。这两个司法解释的许多规定体现了诉讼理念的更新与转变，具有进步意义，体现了最高人民法院在推进司法改革过程中充分发挥自身作用的积极努力，但有些规定仍有局限性。

为了提高生效裁判的稳定性与权威性，同时加强对错误追诉的救济，应当进一步改革审判监督程序。这里提出以下几点改革建议：

（一）将审判监督程序改造为再审程序

我国刑事诉讼法以及民事诉讼法将对生效裁判实施救济的程序称为审判监督程序，而“审判监督”一词在我国含义很广泛，如第二审程序实际上也是一种审判监督。因此，将对生效裁判实施救济的程序称为审判监督程序是不准确的。为此，有学者提出将其改称为再审程序。这种观点是可取的。理由是，其一，含义明确，而且将审判程序分为一审、二审与再审，层次清楚。其二，“再审程序”的称谓在实践中为法学界和司法机关广为使用，实际取代了“审判监督程序”。其三，有利于将原本属于权力监督的程序改造为一种权利救济程序、诉讼程序。世

---

① 参见《最高人民法院沈德咏副院长谈审判监督工作和审判监督改革》，载《审判监督指导与研究》，第 2 卷，4 页，北京，人民法院出版社，2001。

② 参见《最高人民法院审判委员会、审判监督庭庭长纪敏在云南省审判监督工作会议上的讲话》，载《审判监督指导与研究》，第 8 卷，10 页，北京，人民法院出版社，2003。

界范围内的再审程序皆以对当事人的权利救济为本位，而我国现行刑事审判监督程序以对审判权的监督为本位，这是需要改造的。

（二）限定发动再审程序的主体范围为检察机关和当事人

目前，审判监督程序是由各级人民法院院长提交本院审判委员会决定，最高人民法院、上级人民法院决定，或者最高人民检察院、上级人民检察院提出抗诉而提起的。因此，审判监督程序是作为法院自我纠错程序以及检察监督程序来设计的。从现代诉讼理论出发，应将其改造为诉讼程序，启动再审程序的途径只有申诉与抗诉两种，并改造为申请再审程序（可以保留申诉和抗诉的名称，但申诉与抗诉都不必然启动再审，均应受法院的审查），同时废除法院主动再审制度，以贯彻“不告不理”的现代司法原则。

申诉作为当事人及其法定代理人、近亲属认为人民法院已经发生法律效力的判决、裁定有错误，要求人民法院或者人民检察院进行审查处理的一种请求，在理论上一直被看作提起审判监督程序的材料来源，而未作为诉权来对待。应改造申诉制度，让其成为申请再审之诉。为了避免不必要的申诉，应发挥律师在再审程序中的作用。可以考虑建立律师代理申诉制度，即原则上申诉应由律师代理。

关于检察机关抗诉应否规定期限的问题。《若干意见》对申诉规定了期限，但对抗诉未有期限限制。对此，抗诉应以《若干意见》规定的申诉期限为准。具体来说，不利于被告人的抗诉的期限一般为无罪裁判生效后或者刑罚执行完毕后两年内；两年后被害人向检察机关提出具有应当再审情形的申诉，且属于疑难、复杂、重大案件的，人民检察院应当抗诉。在实践中，检察机关提出有利于被告人的抗诉极少发生，但在理论上，还是应当赋予检察机关提起有利于被告人的抗诉权；而且检察机关提出有利于被告人的抗诉，不受期限限制。

（三）区分有利于被告人的再审和不利于被告人的再审，完善再审理由

我国《刑事诉讼法》第204条规定，原判决、裁定适用法律确有错误是再审的理由。这一规定比较笼统，应对申请再审的理由重新界定。具体而言，将再审明确区分为有利于被告人的再审和不利于被告人的再审两种形式。在一般情况下，只准许提起有利于被告人的再审；在特殊条件下，亦可提起不利于被告人的再审，但应规定明确的情形，如被告人无罪或罪轻判决的获得可归责于被告人的过错，包括被告人强迫、威胁、利诱证人、鉴定人作出有利于被告人的并被法庭采纳的虚假证词或鉴定结论等情形；被告人于案后在公共场所作出令人相信的犯罪自白等。此外，还应规定追诉次数和追诉时效，而有利于被告人的再审则无须规定追诉次数和追诉时效。

《德国刑事诉讼法典》对某些提请再审的理由明文规定不予受理，第363条规定：“（一）提请再审时，不准许追求在同一法规基础上达到改变量刑的目的；（二）不准许为了减轻责任能力达到减轻处罚的目的而要求再审。”《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第405条也规定，不允许以必须适用关于更重犯罪的刑事法律、量

刑过轻为由，或者按照可能导致恶化被判刑人状况的根据而通过监督程序对有罪判决以及法院的裁定和裁决进行复审，也不允许对无罪判决或法院关于终止刑事案件的裁定或裁决进行复审。德国、俄罗斯的上述规定值得借鉴，我国亦应作出相同情况下的禁止性规定。

（四）申诉、再审应由终审法院的上级人民法院进行受理审查、审理，同时撤销审判监督庭

关于申诉的管辖法院，《刑事诉讼法》未作规定，最高人民法院的司法解释都规定，申诉应向终审法院提出。关于再审的管辖，根据《刑事诉讼法》的规定，人民法院依照审判监督程序对已经发生法律效力的判决、裁定重新审判有再审和提审两种情形。据此，按照审判监督程序审判案件的法院，既可以是原审人民法院，也可以是提审的任何上级人民法院。

申诉向哪级、哪个法院提出关系到申诉能否受到公正的审查和处理，再审案件由哪级、哪个法院进行审理关系到案件能否得到公正的处理。由终审法院受理、审查申诉，以及由原审法院进行再审，固然有便于就地复查证据、核实案情以及传唤当事人和其他诉讼参与人出庭的优点，以及应当另行组成合议庭进行再审的回避要求，但是存在很大的局限性，将使再审作为救济程序的功能大打折扣。正如最高人民法院审判委员会委员、审判监督庭纪敏庭长指出的，“审判监督工作面临的形势，如果用最简单的话来表达就是一个字：‘难。’表现在以下几个方面：一是难在对本院生效裁判的监督上；二是难在对本院生效裁判监督过程中一些人际关系的处理上；三是难在其他审判庭对审判监督工作不理解，甚至不支持；四是难在人民法院的国家赔偿确认工作由审判监督庭负责，本院其他庭做了违法的事情，由审判监督庭负责确认，确认的对象不是那个庭，而是所在的法院”。事实上，终审法院驳回申诉或者未能依法改判的，当事人虽可以向上一级人民法院再行申诉，但徒增讼累，势必降低诉讼效率，且不当限制了申诉权。为此，理想的方式是申诉、再审由终审法院的上级人民法院特别是高级人民法院、最高人民法院进行审查与审理（原则上应逐级申诉）。[①] 需要特别指出的是，这种改革的意义还在于，它使得各级人民法院设立的审判监督庭从根本上失去存在的必要性，因为再审案件完全可以由上级人民法院的刑事审判庭审理。为此，可撤销审判监督庭，从而更利于集中各级人民法院的审判力量，整合审判资源，在纠正下级人民法院错误裁判方面发挥更积极的作用。

此外，根据《刑事诉讼法》的规定，按照审判监督程序审判案件将根据原来是第一审案件或第二审案件而分别依照第一审程序和第二审程序进行。这种区分

---

① 需要明确的是，在一些法院，一旦案件被改判，即被认定为错案，从而影响了法官的福利待遇。这是不符合认识规律以及诉讼规律的。应当说，只要不属于法官徇私舞弊、枉法裁判或者有明显过失的情形，就不应该认定为错案。

是没有太多意义的，是没有必要的。[①] 结合并适应救济程序的特点，实行上级人民法院再审改造后，应实行再审一审终审原则，即再审法院再审后作出的新裁判立即生效。

（五）建立特定情形下刑罚不执行制度

刑罚不执行，是指再审后作出的不利于被告人的新判决并不实际执行的制度。在日本，非常上告是以违反法律为理由请求撤销已经确定的判决或者该诉讼程序，其目的是统一解释法律。检察总长在判决确定之后发现该案件的审判违反法律时，可以向最高法院提出非常上告。法律解释有错误而不利于被告人时，可以撤销不利于被告人的判决，因此，非常上告具有救济被告人的机能。非常上告的判决，除《日本刑事诉讼法典》第 458 条第 1 项但书规定的情况（指原判决不利于被告人的，撤销原判决，对被告案件重新作出判决）以外，其效力不及于被告人（第 459 条）。[②] 也就是说，非常上告的判决不利于被告人时，并不实际执行。

在我国，根据《高法解释》第 312 条的规定，再审案件经过重新审理后，应当按照不同情形分别处理。其中，原判决、裁定认定事实没有错误，但适用法律有错误，或者量刑不当的，应当改判；按照第二审程序审理的案件，认为必须判处被告人死刑立即执行的，直接改判后，应当报请最高人民法院核准；应当对被告人实行数罪并罚的案件，原判决、裁定没有分别定罪量刑的，应当撤销原判决、裁定，重新定罪量刑，并决定执行的刑罚。上述规定是正确的，是维护法律统一的需要，但如果新判决不利于被告人，可以不予实际执行，除非审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判的行为。这一方面是因为，上述适用法律错误等情形是法官的责任，不应让被告人承担不利的后果；另一方面，被告人刑罚可能已经执行完毕，再执行新的判决将紊乱社会关系，不利于被告人生活秩序的稳定，也不经济。

【问题与思考】

1. 什么是审判监督程序？
2. 提起审判监督程序应具备哪些条件？
3. 提起审判监督程序的方式有哪几种？
4. 再审中有哪些不得加重刑罚的情形？
5. 试述审判监督程序的审理程序。

---

① 参见陈卫东：《刑事再审一审终审制改造》，载《法学家》，2000（4）。

② 参见［日］田口守一：《刑事诉讼法》，323～324 页，北京，法律出版社，2000。

6. 如何改革我国审判监督程序？

7. 案例讨论：

（1）某市中级人民法院判处被告人死缓。被告人没有上诉，检察机关没有抗诉。该案经省高级人民法院核准后，被害人不服，提出申诉。如果提起审判监督程序，下列哪一选项是正确的？（2007 年司法考试真题）

A. 由市人民检察院提出抗诉

B. 由省人民检察院提起审判监督程序

C. 由市中级人民法院院长提交本院审判委员会处理

D. 由省高级人民法院院长提交本院审判委员会处理

（2）2005 年 2 月 5 日，张某（18 岁）在打架斗殴过程中，用匕首将被害人高某（16 岁）刺成重伤，一审人民法院以故意杀人罪（未遂）判处张某有期徒刑 8 年。判决生效后，同级人民检察院认为该判决有误，张某应定故意伤害罪，遂于 2005 年 9 月 5 日按照审判监督程序向同级人民法院提起抗诉。人民法院对抗诉审查后，作出再审决定书。为了更好地审理该案，人民法院指派原合议庭庭长和另外两名审判员组成合议庭审理该案。经再审审判后，人民法院于 2006 年 6 月作出判决，认定张某犯故意伤害罪，判处有期徒刑 3 年。

问题：本案在再审程序中有无违反《刑事诉讼法》的做法？为什么？

第五编

执行程序

第二十章
各种判决、裁定的执行

第一节 执行的概念和意义	一、执行的概念和意义 二、执行的依据和机关
第二节 各种判决、裁定的执行程序	一、死刑立即执行判决的执行 二、死缓、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行 三、有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行 四、管制、剥夺政治权利的执行 五、罚金、没收财产的执行 六、无罪判决和免除刑罚判决的执行
第三节 人民检察院对执行的监督	一、人民检察院对执行死刑的监督 二、人民检察院对暂予监外执行的监督 三、人民检察院对减刑、假释的监督 四、人民检察院对执行机关执行刑罚活动的监督

本章概要

刑事执行是国家刑罚权的直接表现形式，也是实现国家刑罚目的的根本保障。如果裁判结果无法落实，即使诉讼程序是公正的，裁判结果是公正的，诉讼活动的进行也失去了意义。

关键术语

执行依据　执行主体　执行程序　执行监督

第一节　执行的概念和意义

一、执行的概念和意义

刑事诉讼中的执行，是指人民法院将已经发生法律效力的判决和裁定交付执行机关，以实施其确定的内容以及处理执行中的诉讼问题而进行的各种活动。

判决和裁定发生法律效力后，应当立即交付执行。这是由刑事诉讼的任务以及生效判决和裁定的特点决定的。判决和裁定发生法律效力后，一般具有三个特点：

第一，稳定性。生效判决和裁定的稳定性，是由法院的严肃性所决定的。凡是已经生效的刑事判决和裁定，任何其他机关、团体和个人都无权随意变更或撤销。如果发现它在认定事实上或适用法律上确有错误，只能按照审判监督程序，由人民法院加以变更或撤销。

第二，排他性。所谓排他性就是对于一起案件，只能作出一个有效的判决。这个有效判决没有被依法定程序撤销以前，不能作出其他的判决。不仅如此，由于判决和裁定是人民法院代表国家对诉讼案件所作的评判，是最高权威的处理决定，不允许与它相矛盾的其他处理决定和它并存。

第三，强制性。所谓强制性，是指对于已经生效的判决和裁定，必须按照判决和裁定所确定的内容严格加以执行，对当事人来说，不管他同意还是不同意，都必须执行，如果抗拒执行，将被依法追究法律责任。生效判决和裁定的强制性是由国家法律的严肃性所决定的。

执行是刑事诉讼的最后一个诉讼程序，但是，并非判决、裁定的整个执行过程和一切活动都属于刑事诉讼的范围。刑事执行中，属于刑事诉讼范畴的，仅指两个方面：一是人民法院将已经发生法律效力的判决和裁定交付执行；二是解决执行过程中所发生的诉讼问题。简言之，就是交付执行和变更执行。交付执行是指人民法院将已发生法律效力的判决和裁定交付有关刑罚执行机关的活动，如将

徒刑的判决交付监狱等国家刑罚执行机关，或者是人民法院自己实现生效判决、裁定的内容的活动，如人民法院自己实现判处罚金、没收财产的判决。变更执行是指在执行判决、裁定过程中，由于出现了法定情形，人民法院将原判决、裁定依法予以变更的活动，如对罪犯实施减刑、假释、监外执行等。其他执行活动则属于司法行政活动，如狱政管理、对罪犯的教育改造等。

执行是将判决或者裁定中所宣告的刑罚和其他决定付诸实施，因此，它在整个刑事诉讼过程中占有重要的地位。其意义是：

1. 准确、及时、迅速地执行判决和裁定，可以使被判处刑罚的犯罪分子受到应得的法律制裁。这不仅打击了他们的犯罪活动，保护了国家和人民的利益，同时对于被判处刑罚的犯罪分子本人来说，通过惩罚和进行教育改造，使其改恶从善，重新做人。

2. 准确、及时地执行判决和裁定，不仅可以使被判处刑罚的犯罪分子受到应得的法律制裁，而且可以使无罪和被免除刑事处罚的在押被告人得到立即释放，特别是对依照法律被认定为无罪的被告人，可以使其名誉得到恢复，合法利益得到保护。

3. 通过正确地执行判决和裁定，可以教育公民遵守法律，并使他们进一步认识到，任何犯罪行为都逃脱不了法律的制裁，以增强公民的法制观念，提高他们同违法犯罪行为作斗争的自觉性。同时，对于那些违法行为尚未构成犯罪，或者那些有犯罪企图的社会不稳定分子，也可以使其认识到，只要进行犯罪活动，就会被揭露和受到法律的惩罚。这是一种警戒，可以起到预防和减少犯罪的作用，可以有效地推动社会综合治理方针的贯彻、落实，实现社会秩序的长治久安。

二、执行的依据和机关

1. 执行的依据

人民法院的发生法律效力的刑事判决和裁定，是执行机关对罪犯实施惩罚和改造的法律依据。根据我国《刑事诉讼法》第208条和有关法律的规定，人民法院的发生法律效力的判决和裁定是指以下几种：

(1) 已过法定期限没有上诉、抗诉的判决和裁定。即地方各级人民法院作出的上诉期满而没有被上诉或抗诉的第一审判决和裁定。

(2) 终审的判决和裁定。即中级人民法院、高级人民法院作出的第二审案件的判决和裁定，最高人民法院作出的第一审案件和第二审案件的判决、裁定。

(3) 最高人民法院核准的死刑判决和裁定，高级人民法院核准的死刑缓期2年执行的判决、裁定，以及依据最高人民法院的授权核准的死刑判决和裁定。

2. 执行的机关

生效判决和裁定因内容不同，其执行机关也不相同。根据《刑事诉讼法》第211条、第219条和第220条的规定，死刑、罚金和没收财产的判决、裁定以及无

罪或免除刑罚的判决，均由人民法院自己执行。《刑事诉讼法》第 213 条规定，对于被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，由公安机关送交监狱执行刑罚。对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在 1 年以下的，由看守所代为执行。对于被判处拘役的罪犯，由公安机关执行。根据《刑事诉讼法》第 214 条、第 217 条和第 218 条的规定，监外执行、徒刑缓刑、假释考验期以及管制、剥夺政治权利的判决和裁定，由公安机关执行。在交付有关部门执行时，人民法院应当按照案件的性质和刑罚的不同，把判决或裁定交付法律所规定的有关部门执行。

第二节　各种判决、裁定的执行程序

一、死刑立即执行判决的执行

死刑是依法剥夺犯罪分子生命的刑罚，是刑罚中最严厉的刑种。为了防止无法挽回的错杀，我国《刑事诉讼法》第 210～212 条以及《人民法院组织法》第 13 条、《高法解释》在死刑执行程序上作了严格而周密的规定。

最高人民法院执行死刑命令，均由高级人民法院交付原审人民法院执行，原审人民法院接到执行死刑命令后，应当在 7 日内执行。执行死刑的这一法定期限必须得到严格遵守，不得借故延期执行。

下级人民法院在接到执行死刑命令后，发现有下列情形之一的，应当停止执行，并立即报告最高人民法院，由最高人民法院作出裁定：

（1）在执行前发现判决可能有错误的；（2）在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；（3）罪犯正在怀孕的。

在停止执行的情况下，执行死刑的人民法院应当立即用书面形式报告最高人民法院，由院长签发停止执行死刑的命令，并指令原审人民法院或指定的人民法院查明有关情况上报。经过审查核实，如果认为原判决是正确的，必须报请最高人民法院再签发执行死刑的命令，才能执行。如果认为原判决确有错误，或者罪犯检举、揭发重大犯罪事实，有重大立功表现，依法可以从轻处罚的，应当报请最高人民法院依照审判监督程序再审并依法改判。如果查明罪犯确实是正在怀孕的妇女，应当报请最高人民法院依照审判监督程序裁定撤销核准死刑的裁定和原判决，发回原审人民法院重新审判，原审人民法院重新审理后，改判其他刑罚。

人民法院应当在交付执行死刑 3 日前，通知同级人民检察院派员临场监督。担负现场监督职责的检察人员如发现有违法情况，应当立即纠正。临场执行死刑时，由人民法院审判人员负责指挥执行。至于执行死刑的主体，人民法院有条件执行的，应交付司法警察执行；没有条件执行的，可交公安机关的武装警察执行。

关于执行死刑的方法，《刑事诉讼法》第 212 条第 2 款规定："死刑采用枪决

或者注射等方法执行。”“枪决”是用枪弹射击罪犯致其死亡的执行死刑的方法，是我国长期使用的一种行刑方法；“注射”是指通过注射致命性药物使罪犯死亡的执行方法，是1996年3月修订的《刑事诉讼法》中新设立的一种行刑方法。用注射方法执行死刑，具有执行方便、痛苦小、死亡迅速等特点，可以避免枪决时需占用很大场所，动用许多人力、物力及一枪难以毙命等缺点。注射方法是更为人道、先进、文明的执行死刑方法。立法中“注射等方法”中的“等方法”是指比枪决、注射更为人道、科学、文明的方法。采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的，应当事先报请最高人民法院批准。

执行的地点选择在刑场或者指定的羁押场所内。所谓“刑场”，是指传统意义上由执行机关设置的执行死刑的场所。刑场不得设在繁华地区、交通要道和旅游区附近。所谓“指定的羁押场所”，是指人民法院指定的监狱或者看守所。执行死刑应严格控制刑场，除依法执行死刑的司法工作人员以外，其他任何人不准进入刑场。

负责指挥执行的审判人员应当将罪犯验明正身，要认真、细致地核对罪犯的有关情况，查明其确系该判决认定的应当执行死刑的罪犯，以确保执行无误。审判人员还应当询问罪犯有无遗言、信札，并制作笔录。对于罪犯的遗言、信札，人民法院应及时进行审查，分别不同情况予以不同处理。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，依法定程序报请最高人民法院裁定。

执行死刑应当公布。处决罪犯的布告要选择在适当范围内、适当地点张贴，以使人民群众了解情况。

执行死刑后，在场书记员应当写成笔录。笔录应当记明执行的具体情况，包括执行死刑的时间、地点、方法，指挥执行的审判人员、临场监督的人民检察院检察人员、负责执行人员的姓名、执行死刑的具体情况等等。交付执行的人民法院应将执行死刑的情况以及所附执行死刑前后的照片，及时逐级报告核准死刑的最高人民法院。

执行死刑后，交付执行的人民法院应当通知罪犯家属，做好罪犯遗物、遗款清点、移交工作。对于罪犯执行死刑后的尸体或火化后的骨灰，通知其家属认领。罪犯家属不予认领的，由人民法院通知有关单位处理。

死刑的执行除应遵循上述程序外，还应处理好以下几个问题：

第一，人民法院向罪犯送达核准死刑的裁判文书时，应当告知罪犯有权申请会见其近亲属。罪犯提出会见申请并提供具体地址和联系方式的，人民法院应当准许；原审人民法院应当通知罪犯的近亲属。罪犯近亲属提出会见申请的，人民法院应当准许，并及时安排会见。

第二，对死刑犯的游街示众问题。在司法实践中，有些地方受旧习惯的影响，为制造声势，增强法律的威慑效果，给死刑犯插上写有姓名和罪状的标签，将其拉到繁华地区游街示众。这种做法是对罪犯人格的侮辱，违反法律关于执行死刑

不应示众的规定。而且，这样做容易对外造成不良影响。因此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部等部门曾多次联合发出通知，严禁对死刑犯游街示众，以体现文明执法。

第三，对外国人执行死刑后，通知外国驻华使、领馆的程序和时限，应严格依照有关规定办理。

二、死缓、无期徒刑、有期徒刑和拘役判决的执行

我国《刑事诉讼法》第 213 条第 1 款规定，对于被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑和拘役的罪犯，在“罪犯被交付执行刑罚的时候，应当由交付执行的人民法院将有关的法律文书送达监狱或者其他执行机关”。我国《监狱法》第 16 条规定：“罪犯被交付执行刑罚时，交付执行的人民法院应当将人民检察院的起诉书副本、人民法院的判决书、执行通知书、结案登记表同时送达监狱。监狱没有收到上述文件的，不得收监；上述文件不齐全或者记载有误的，作出生效判决的人民法院应当及时补充齐全或者作出更正；对其中可能导致错误收监的，不予收监。”上述这四种法律文书对于刑罚执行机关对罪犯正确执行刑罚，对罪犯进行教育改造，具有重要意义。人民法院交付执行的时候，以上四种法律文书必须齐备，缺一不可。一案有若干罪犯的，应当按罪犯的人数送达上述文书，不能共用。

需要指出的是，原《刑事诉讼法》规定人民检察院的起诉书副本为交付执行的必备法律文书，《监狱法》将其作为交付执行的必备法律文件加以规定，这有利于刑罚执行机关更全面地了解揭露、证实犯罪，追诉罪犯的司法活动的全过程，明确检察机关的起诉意见，更准确地把握罪犯实施犯罪活动的发展过程及真实的思想脉络。

关于交付执行的期限，根据《监狱法》第 15 条及《高法解释》的规定，对于被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑的罪犯，交付执行的人民法院应当将执行通知书等有关的必备法律文书及时送达羁押该罪犯的公安机关，公安机关应当自收到执行通知书等有关法律文书之日起 1 个月内，将该罪犯送交监狱或其他执行机关执行刑罚；对于被判处拘役的罪犯，公安机关在收到交付执行的人民法院送达的执行通知书等有关法律文书后，应当立即交付执行。执行通知书的回执，经看守所盖章后附入人民法院的诉讼案卷内。

死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、有期徒刑、拘役虽然都属于限制人身自由的刑罚，但由于犯罪性质不同、刑种不同、刑期不同、犯罪人是否成年等不同，在执行方式、执行场所等方面都有所不同。《刑事诉讼法》第 213 条第 2 款、第 3 款分别规定，对于被判处死刑缓期 2 年执行、无期徒刑、剩余刑期在 1 年以上的有期徒刑的成年罪犯，应当交付监狱执行；对于被判处有期徒刑的罪犯，在被交付执行刑罚前，剩余刑期在 1 年以下的，由看守所代为执行；对于被判处拘役的罪

犯，由公安机关在拘役所执行；对未成年犯应当在未成年犯管教所执行刑罚。

法律规定交付执行前剩余刑期在1年以下的有期徒刑罪犯由看守所代为执行，更为方便，有利于罪犯服刑改造。对于在看守所执行刑罚的罪犯，应当将其同未决的犯罪嫌疑人分管分押。

对未成年犯应在未成年犯管教所执行，是因为：（1）未成年犯管教所在管理上比监狱相对宽松，使未成年犯在生理上和心理上能够接受；（2）将未成年犯与成年犯分别关押于不同场所进行教育改造，可以避免成年犯对未成年犯的传授、教唆，同时也便于对未成年犯采取有针对性的教育改造措施；（3）未成年犯管教所在名称上与监狱相区别，有利于避免对未成年犯造成过深的“监狱烙印”和心理伤害。

监狱、看守所等执行机关应当将罪犯分管分押，按照惩罚和改造相结合、教育和劳动相结合的原则对罪犯进行改造。执行机关应当依法对罪犯进行法制、道德、文化、职业技术等方面的教育。有劳动能力的罪犯必须参加劳动。罪犯的劳动时间及报酬，应按照国家的有关规定执行。对于被判处拘役的服刑罪犯，每月可允许其回家1天～2天，路费自理。对未成年犯的改造，应按照“教育改造为主，轻微劳动为辅”的原则进行。《监狱法》第75条规定，对未成年犯执行刑罚应当以教育改造为主。监狱应当配合国家、社会、学校等教育机构，为未成年犯接受义务教育提供必要的条件。

根据《刑事诉讼法》第213条第4款和《监狱法》第20条的有关规定，罪犯收监后，刑罚执行机关应当通知罪犯家属。通知书应当自收监之日起5日内发出，告知罪犯姓名、刑期及执行的地址等。

刑罚执行机关对于罪犯死亡、脱逃已满2个月尚未捕回及捕回的变动情况，应当书面通知交付执行的人民法院和担负监所检察的人民检察院。

对于在死刑缓期2年执行期间故意犯罪的，应当由人民检察院提起公诉，服刑地的中级人民法院审判，所作的判决可以上诉、抗诉。认定构成故意犯罪的判决、裁定发生法律效力后，报请最高人民法院核准。核准后，交罪犯服刑地的中级人民法院执行。

有期徒刑、拘役的刑期，从判决执行之日起计算。判决前被拘留或逮捕而予先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。被判处有期徒刑、拘役的罪犯服刑期满，刑罚执行机关应当按期将其释放并发给释放证明书。

三、有期徒刑缓刑、拘役缓刑的执行

缓刑是指在具备一定的法定条件下，对于被判处一定刑罚的罪犯，在一定期间内暂缓执行刑罚，如果罪犯在暂缓执行期间未犯新罪，则原判刑罚就不再执行的一种制度。缓刑不是刑种，而是刑罚具体运用的一种特殊执行方式。根据《刑法》第72条的规定，人民法院对于被判处拘役、3年以下有期徒刑的罪犯，根据

其犯罪情节和悔罪表现，认为适用缓刑确实不致再危害社会的，可以宣告缓刑。

根据《刑事诉讼法》第217条第1款和《高法解释》的有关规定，宣告缓刑的判决发生法律效力后，应当将法律文书和罪犯交当地公安机关，由公安机关将罪犯交所在单位或者基层组织考察。

对于被判处有期徒刑、拘役宣告缓刑的罪犯，在宣告缓刑时，应当同时宣告缓刑的考验期。罪犯在缓刑考验期内必须遵守法律、法令，接受监督考察。迁移户口应经人民法院或公安机关批准。没有附加剥夺政治权利的，缓刑期间不应限制其政治权利的行使。缓刑罪犯参加劳动，应同工同酬。如果被同时判处附加刑的，附加刑仍应执行。

被宣告缓刑的罪犯在缓刑考验期限内没有再犯新罪，考验期满，原判刑罚就不再执行，公安机关应当公开向罪犯、有关群众和组织宣布终止考察，不必再另办法律手续；在缓刑考验期限内再犯新罪或者有漏罪没有判决，需要撤销缓刑的，应当由审判新罪的人民法院在审判新罪、漏罪时，对原判宣告的缓刑予以撤销，按《刑法》规定的数罪并罚原则处理。如果原来是上级人民法院判决宣告缓刑的，审判新罪的下级人民法院也可以撤销原判决宣告的缓刑。

缓刑考验期从判决之日起计算。判决确定前先行羁押的日期不能折抵缓刑考验期。如果又犯新罪或发现未被判处的漏罪，则撤销缓刑，判处实刑，已执行的缓刑考验期也不能折抵刑期。但是，判决执行前先行羁押的日期应予折抵刑期。

四、管制、剥夺政治权利的执行

《刑事诉讼法》第218条规定："对于被判处管制、剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。执行期满，应当由执行机关通知本人，并向有关群众公开宣布解除管制或恢复政治权利。"管制是一种适用于罪行较轻的犯罪分子的刑罚。它是指对犯罪分子不予关押而让其在公安机关的管束和群众监督之下进行改造，并限制一定自由的刑罚方法。

对被判处管制的犯罪分子，在判决发生法律效力后，由人民法院交付公安机关执行。实际执行中，执行机关应当根据人民法院的判决书、执行通知书，向罪犯所在单位或住地群众，宣告罪犯的犯罪事实、管制期限、必须遵守的规定以及是否剥夺政治权利等情况，以便人民群众对罪犯实行监督，加强对罪犯的改造。

根据刑法的规定，被判处管制的罪犯，在管制期间，必须遵守法律、法令，服从群众监督，积极参加生产劳动或工作，定期向执行机关报告自己的活动情况，迁居或者外出必须报经执行机关批准。

对被判处管制的罪犯，在劳动中实行同工同酬。

管制的刑期从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押1日折抵刑期2日。管制期满，执行机关应及时解除对犯罪分子的管制，同时，向罪犯本人和有关的群众公开宣布，并且发给罪犯本人解除管制通知书；被附加剥夺政治

权利的，应同时宣布恢复政治权利。对被剥夺政治权利的罪犯，由公安机关执行。根据刑法的规定，判处徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或从假释之日起计算。判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。执行期满，公安机关应当通知罪犯本人，并向所在单位或基层组织及住地等有关群众公开宣布，恢复其政治权利。

对剥夺政治权利的，要严格按照《刑法》第 54 条规定的政治权利的范围执行，对于不属于政治权利范围的其他权利，不能予以剥夺。

五、罚金、没收财产的执行

罚金，是人民法院依法判决犯罪公民或犯罪单位向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法，不得以其他刑罚代替罚金。根据《刑事诉讼法》第 219 条的规定，罚金判决由人民法院负责执行。被判处罚金的罪犯或犯罪单位应按照判决确定的数额在判决规定的期限内一次或分期缴纳。期满无故不缴纳的，人民法院应当强制缴纳。被判处罚金的自然人期满无故不缴纳的，人民法院可以通知其所在单位扣发工资或采取查封、变卖罪犯个人财产等方式执行；被判处罚金的犯罪单位，期满无故不缴纳的，人民法院可以通知银行从其账户上直接划拨。

被判处罚金的罪犯如果由于遭遇不能抗拒的灾祸而缴纳罚金确有困难的，可以向人民法院申请减少或者免除。人民法院查证属实后，可以裁定对判决确定的罚金数额予以减少或者免除。这种裁定不是对原判决的改判，而是根据实际情况作出的变通处理。

罪犯缴纳的罚金，应按规定及时上缴国库，任何机关、个人都不得挪作他用或者私分。

没收财产，是指把犯罪人个人所有财产的一部或者全部依法无偿地收归国有的一种刑罚。没收财产可以附加适用，也可以独立适用。根据《刑事诉讼法》第 220 条和最高人民法院的有关规定，没收财产的判决，由第一审人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。为防止执行前罪犯或其他人将财产转移等影响判决执行的情况发生，人民法院可以先采取查封、扣押、冻结被告人财产的措施。

没收财产的范围只限于犯罪分子本人所有的部分财产或全部财产，不得没收属于罪犯家属所有或应有的财产。查封前犯罪分子所负的正当债务如果需要用没收的财产偿还的，经债权人请求，由人民法院裁定在没收的财产中酌情偿还。如果在没收的财产中，有罪犯利用犯罪手段获得的他人财产，经原主申请，并经人民法院查证属实后，应将原物退还原主。对于没收的财产，应按有关规定及时上缴国库或财政部门，任何机关、个人都不得私自挪用、调换、压价私分或变相私分。

对于附带民事判决中财产部分的执行，应依照民事诉讼法和最高人民法院的有关规定办理。

六、无罪判决和免除刑罚判决的执行

《刑事诉讼法》第 209 条规定，第一审人民法院判决被告人无罪、免除刑事处罚的，如果被告人在押，在宣判后应当立即释放。根据这一规定，无罪、免除刑事处罚的判决，由人民法院执行。为了保护不应受到刑罚处罚的被告人的合法权益，这类判决一经宣布，首先要将被关押的被告人立即释放。由人民法院将无罪或免除刑事处罚的判决书连同执行通知书送交看守所，看守所在接到上述法律文书后应当立即释放被关押的被告人。即使当事人及其法定代理人提出上诉或人民检察院提出抗诉，一审判决尚未生效，也不影响释放被告人的立即执行，不得等待判决生效后才予以执行。这是针对无罪判决和免除刑事处罚判决的执行问题所作出的特殊法律规定。

无罪和免除刑事处罚判决生效后，人民法院和其他司法机关应当协同有关单位做好善后工作。《刑事诉讼法》第 162 条第 2 款和第 3 款分别规定："依据法律认定被告人无罪的，应当作出无罪判决。""证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。"这一规定明确了两种不同情况下的无罪判决，应当区别对待。对前一种情况的无罪判决，应妥善处理，及时恢复无罪被告人的人身自由和名誉。对后一种情况的无罪判决，人民法院也应立即释放关押的被告人。对于免除刑事处罚的被告人，也应恢复他的人身自由，撤销非关押性质的其他强制措施，同时，人民法院可根据案件不同情况予以训诫或责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或建议有关主管机关给予被告人行政处罚或行政处分。

第三节　人民检察院对执行的监督

执行监督，是指人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的执行是否合法实行法律监督的活动。人民法院的判决和裁定发生法律效力后，在执行中如不能依法加以执行，就会破坏或影响刑事诉讼的结果，违背刑罚的目的。开展执行监督，有利于维护生效判决和裁决的稳定性与严肃性，有利于纠正冤假错案，保护公民的合法权益，从而保障刑事诉讼任务的实现。

一、人民检察院对执行死刑的监督

《刑事诉讼法》第 212 条第 1 款规定："人民法院在交付执行死刑前，应当通知同级人民检察院派员临场监督。"司法实践中，人民法院通常在交付执行死刑 3 日以前，通知同级人民检察院派员监督。临场监督执行死刑的检察人员应当依法监督执行死刑的场所、方法和执行死刑的活动是否合法。在执行死刑前，发现有下列情形之一的，应当建议人民法院停止执行：（1）被执行人并非应执行死刑的

罪犯的；（2）罪犯犯罪时不满 18 周岁的；（3）判决可能有错误的；（4）在执行前罪犯检举、揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；（5）罪犯正在怀孕的。在执行死刑中发现其他严重违法情况的，也应及时提出纠正意见。

在执行死刑过程中，根据需要，人民检察院临场监督人员可以进行拍照、摄像；执行死刑后，人民检察院临场监督人员应检查罪犯是否确已死亡，并填写死刑临场监督笔录，签字后入卷归档。

二、人民检察院对暂予监外执行的监督

《刑事诉讼法》第 215 条规定："批准暂予监外执行的机关应当将批准的决定抄送人民检察院。人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起一个月以内将书面意见送交批准暂予监外执行的机关，批准暂予监外执行的机关接到人民检察院的书面意见后，应当立即对该决定进行重新核查。"

人民检察院接到批准将罪犯暂予监外执行的决定后，应当迅速审查。为了解情况，承办人员可以向罪犯所在单位和有关人员进行调查，可以向有关机关调阅有关资料等。经审查认为暂予监外执行不当，应当向批准或决定暂予监外执行的机关提出纠正意见的，由检察长决定。

人民检察院认为暂予监外执行不当的，应当自接到通知之日起 1 个月内将书面纠正意见送交批准或者决定暂予监外执行的机关。人民检察院向批准或者决定暂予监外执行的机关送交不同意暂予监外执行的书面意见后，应当监督其立即对批准或者决定暂予监外执行的结果进行重新核查，并监督其重新核查的结果是否符合法律规定，对核查不符合法律规定的，应当依法提出纠正意见。

三、人民检察院对减刑、假释的监督

《刑事诉讼法》第 222 条规定，人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当的，应当在收到裁定书副本后 20 日以内，向人民法院提出书面纠正意见。人民法院应当在收到纠正意见后 1 个月以内重新组成合议庭进行审理，作出最终裁定。

人民检察院在接到人民法院减刑、假释的裁定书副本后，应当立即进行审查。为了解情况，承办人员可以向罪犯服刑机关和有关人员进行调查，可以向法院和罪犯服刑机关调阅有关资料等。经审查，人民检察院认为人民法院减刑、假释的裁定不当的，应当在收到裁定书副本后 20 日以内，向作出减刑、假释裁定的人民法院提出书面纠正意见。

对人民法院减刑、假释裁定的纠正意见，由作出减刑、假释裁定的人民法院的同级人民检察院向该人民法院书面提出。人民检察院对人民法院减刑、假释的裁定提出纠正意见后，应当监督人民法院是否在收到纠正意见后 1 个月内重新组成合议庭进行审理，并监督其重新作出的最终裁定是否符合法律规定。对于最终裁定不符合法律规定的，应当向同级人民法院提出纠正意见。

四、人民检察院对执行机关执行刑罚活动的监督

《刑事诉讼法》第 224 条规定：“人民检察院对执行机关执行刑罚的活动是否合法实行监督。如果发现有违法的情况，应当通知执行机关纠正。”这是刑事诉讼法关于人民检察院对执行机关执行刑罚的活动进行监督的原则性规定。这里所说的人民检察院对执行机关执行刑罚的活动的监督，是指除刑事诉讼法已有专条规定之外的一切对执行刑罚活动的监督。这些监督主要包括：人民法院判决被告人无罪、免除刑罚处罚的，在押被告人是否被立即释放；人民法院将罪犯交付执行时，据以交付执行的刑事判决、裁定是否已经发生法律效力，交付执行的手续、程序是否合法，执行机关是否符合法律规定；监狱和其他刑罚执行机关收押罪犯的活动是否合法；对于被判处死刑缓期 2 年执行的罪犯，2 年期满是否依法及时予以减刑；对于被判处管制、剥夺政治权利的罪犯和宣告缓刑、假释的罪犯，公安机关监督管理措施是否落实或者监督管理措施是否得当；罚金、没收财产判决的执行是否合法，罚没钱物是否依法处理；对于服刑中的罪犯又犯新罪或者发现了漏罪的，是否依法进行了追究；对于服刑罪犯的申诉是否及时转送并作出正确处理；监狱、未成年犯管教所、看守所、拘役所的执行活动是否符合《刑事诉讼法》、《监狱法》、《看守所条例》等有关法律法规，是否保障了罪犯依法享有的各项权利，是否有利于罪犯改造；对于刑期届满的罪犯是否按期释放，等等。

人民检察院在对执行机关的活动进行监督的过程中，发现有违法情况的，应当通知执行机关纠正。对于情节较轻的违法行为，检察人员可以以口头方式向违法人员或者执行机关负责人提出纠正意见，并及时向监所检察部门的负责人汇报，必要时，由部门负责人提出。对于比较严重的违法行为，应报请检察长批准后，向监狱或公安机关发出“纠正违法通知书”。对于造成严重后果、构成犯罪的，应当依法追究责任人的刑事责任。

人民检察院发出“纠正违法通知书”的，应当根据执行机关的回复监督落实情况；没有回复的，应当督促执行机关回复纠正违法的情况，应当及时向上一级人民检察院报告，并抄报执行机关的上级主管机关。上级人民检察院认为下级人民检察院意见正确的，应与同级执行机关共同督促下级执行机关纠正；上级人民检察院认为下级人民检察院纠正违法的意见有错误的，应当通知下级人民检察院撤销发出的“纠正违法通知书”，并通知同级执行机关。

【问题与思考】

1. 简述执行的概念和意义。

2. 简述判处死刑立即执行判决的执行程序。

3. 简述死缓、有期徒刑、拘役判决的执行程序。

4. 简述人民检察院对执行的监督方式和内容。

5. 案例讨论：

张某 25 周岁，李某 17 周岁，王某 20 周岁，三人因共同抢劫被法院分别判处有期徒刑 8 年、5 年和拘役 5 个月。判决生效后，法院于 8 月 20 日将检察院的起诉书、法院的判决书和结案登记表送交公安机关。考虑到李某还有 3 个月即满 18 周岁，公安机关于 10 月初将张某和李某一起送交监狱执行刑罚，将王某送交拘役所执行。

问题：在本案中哪些方面违反了法律规定？

第二十一章 执行的变更程序

第一节 死刑、死缓执行的变更
一、死刑执行的变更
二、死缓执行的变更

第二节 监外执行
一、监外执行的适用条件和程序
二、当前监外执行中的问题及原因分析
三、完善监外执行制度的几点建议

第三节 减刑和假释
一、减刑
二、假释
三、减刑、假释的审理程序

第四节 对新罪、漏罪和申诉的处理
一、对新罪、漏罪的处理
二、对申诉的处理

本章概要

执行变更是指在人民法院、监狱及其他执行机关将生效裁判交付执行或执行生效裁判过程中，出现法定的需要改变刑罚种类或执行方法的情形后，执行机关依照法定程序予以改变的活动。

关键术语

执行变更　监外执行　减刑　假释　新罪　漏罪

第一节　死刑、死缓执行的变更

一、死刑执行的变更

《刑事诉讼法》第 211 条和第 212 条在执行死刑的程序中，规定了停止执行死刑和暂停执行死刑两种变更执行的情况。这些规定体现了我国在适用死刑上的慎重态度。其目的，一是防止错杀，二是更好地体现我国一贯的“可杀可不杀的不杀”的刑事政策。

根据《刑事诉讼法》第 211 条和最高人民法院的有关规定，下级人民法院在接到最高人民法院或高级人民法院执行死刑的命令后，应当在 7 日以内交付执行，但是发现有下列情形之一的，应当停止执行，并且立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民法院作出裁定：(1) 在执行前发现判决可能有错误的；(2) 在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的；(3) 罪犯正在怀孕的。

指挥执行的审判人员，对罪犯应当验明正身，讯问有无遗言、信札，然后交付执行人员执行死刑。在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行，报请核准死刑的人民法院裁定。临场监督执行死刑的检察人员在执行死刑前，发现有上述情形的，应当建议人民法院停止执行。

应当正确理解《刑事诉讼法》的上述规定：第一，“在执行前发现判决可能有错误”中的“有错误”是可能而不是确实，即发现判决在认定事实上或者适用法律上可能有错误，这种错误足以影响死刑判决的正确性。因为这种可能性需要一定的时间去查实，所以应当停止死刑的执行。这一规定体现了法律对死刑执行的慎重要求。人民法院的审判人员一定要本着对人的生命高度负责的精神，联系接到执行命令后出现的新情况，对判决所认定的事实和适用的法律进行详核，无论是发现判决确有错误还是可能有错误，都应由执行死刑的人民法院决定停止执行死刑，然后上报。第二，“在执行前罪犯揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，可能需要改判的”，应当停止执行死刑。这是《刑事诉讼法》新增加的一项规定，体现了我国法律要求和鼓励被判处死刑的罪犯揭发其他犯罪、立功赎罪的精神，有利于调动一切积极因素，最大限度地孤立和打击罪大恶极的罪犯。司法实践表明，不少被判处死刑的罪犯执行前能够揭发重大犯罪或者有其他重大立功表现。这说明其良心未泯，主观恶性尚未达到非杀不可的程度。对于这类罪犯，经查证属实后，可以依法改判。第三，关于“罪犯正在怀孕”。对于怀孕罪犯在羁押期间人工流产的，应视同正在怀孕。《刑事诉讼法》中这一规定体现了社会主义人

道主义的精神。第四，关于“在执行前，如果发现可能有错误，应当暂停执行”。这里的“执行前”是指从验明正身到行刑前的这段时间，所以将“暂停执行”的权力交由指挥执行的人员行使。“可能有错误”应包括《刑事诉讼法》第 211 条“应当停止执行死刑”的三种情形在内的一切可能的错误。这是《刑事诉讼法》关于在执行死刑的最后阶段防止错杀的一项具体规定。有些执迷不悟的罪犯直到生命终结前的最后一刻才意识到生命的宝贵，才揭发其他重大犯罪；有的罪犯出于种种原因直到临刑前才喊冤吐实情。凡此种种，只要可能有错误，负责指挥执行死刑的审判人员都应决定暂停执行，报请核准死刑的人民法院裁定。

在停止执行死刑或暂停执行死刑的决定作出后，执行死刑的人民法院应当立即报告核准死刑的人民法院，由核准死刑的人民法院院长签发停止执行死刑的命令，并指令原审人民法院或指定的人民法院查实有关情况后上报。经审查核实，如果认为原判决是正确的，必须报请原核准死刑的人民法院院长再签发执行死刑的命令，才能执行死刑。如果认为原判决确有错误，或者罪犯检举、揭发重大犯罪事实或者有其他重大立功表现，依法可以减轻处罚的，应当报请核准死刑的人民法院依照审判监督程序裁定撤销原判决，将案件发回第一审人民法院再审，或者由第二审人民法院重审，或者由核准死刑的人民法院提审，依法改判。如果查实罪犯确系正在怀孕的妇女，应当报请核准死刑的人民法院依照审判监督程序裁定撤销核准死刑的裁定和原判决，发回原审人民法院再审，依法改判死刑之外的其他刑罚。

二、死缓执行的变更

死刑缓期 2 年执行不是独立的刑罚种类，而是我国刑罚中死刑的一种特殊执行制度，是指对于罪该判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行，在判处死刑的同时宣告缓期 2 年执行，实行监管改造，以观后效的一种制度。死缓的执行必然产生减刑或执行死刑两种结果，都涉及执行变更的问题。

根据《刑法》的有关规定和《刑事诉讼法》第 210 条第 2 款的规定，被判处死刑缓期 2 年执行的罪犯，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，死刑缓期执行期满，应当予以减刑；如果故意犯罪，查证属实，应当执行死刑。

修订后的《刑事诉讼法》将原《刑事诉讼法》关于死缓减刑或执行死刑的条件进行了重大完善，将原规定的“确有悔改或者立功表现”修改为“没有故意犯罪”，将“抗拒改造、情节恶劣”修改为“故意犯罪，查证属实，应当执行死刑”。原《刑事诉讼法》规定得比较笼统，况且缓期执行 2 年期满后如果前述两种情况都不存在，应该如何处置，原法未能准确加以涵盖。修订后的《刑事诉讼法》的这一条文比原规定更加明确、科学，死刑缓期 2 年执行的减刑或执行死刑有了法定的标准，即以行为人是否故意犯罪为标准；也较前规定更为宽松了，只要没有故意犯罪，2 年期满，都应当依法减刑。

第二节　监外执行

一、监外执行的适用条件和程序

监外执行，是指被判处无期徒刑、有期徒刑、拘役的罪犯本应在监狱或其他执行场所服刑，由于出现了法律规定的某种特殊情形，不适宜在监狱或其他执行场所执行刑罚时，暂时采取的一种变通执行方法。

《刑事诉讼法》第 214 条第 1 款规定："对于被判处有期徒刑或者拘役的罪犯，有下列情形之一的，可以暂予监外执行：（一）有严重疾病需要保外就医的；（二）怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女。"《刑事诉讼法》第 214 条第 4 款规定："对于被判处有期徒刑、拘役，生活不能自理，适用暂予监外执行不致危害社会的罪犯，可以暂予监外执行。"根据以上两条规定，监外执行只能限于上述几种情况。对于符合监外执行条件的罪犯，如果认为保外就医可能有社会危险性的，也不能予以监外执行。对于有的罪犯为了达到监外执行目的，企图通过自伤自残的欺骗方法谋得保外就医的，同样也不能予以监外执行。对于其中情节恶劣的，视情况还应追究其刑事责任。

对于罪犯确有严重疾病或者正在怀孕必须保外就医的，必须履行法定的手续，先由省级人民政府指定的医院开具证明文件，再依照法律规定的程序审批。审批应由监狱或者其他执行机关提出书面意见，报省、自治区、直辖市的监狱管理机关批准。批准机关批准后，应当将批准的暂予监外执行决定通知公安机关和原审人民法院，并抄送人民检察院。

将生效判决、裁定交付执行前，人民法院认为罪犯符合监外执行条件而作出暂予监外执行决定的，根据《高法解释》的规定，应当制作"暂予监外执行决定书"，载明罪犯基本情况，判决确定的罪名和刑罚，决定暂予监外执行的原因、依据等内容，并抄送人民检察院和罪犯居住地的公安机关。

对于暂予监外执行的罪犯，由罪犯居住地的公安机关执行。执行机关应当对罪犯严格管理。有关基层组织或者罪犯的原所在单位协助进行监管。

在执行中，发现被保外就医的罪犯不符合保外就医条件的，或者严重违反有关保外就医规定的，应当及时收监。执行中，暂予监外执行的情形消失后，刑期未满的，负责执行的公安机关应当及时通知监狱等有关机关予以收监；刑期届满的，由原关押机关办理释放手续。

二、当前监外执行中的问题及原因分析

监外执行罪犯虽然总数不多，但分布面广、居住分散，监管工作难度很大，稍有放松，就有可能导致脱管、漏管、失控甚至罪犯重新犯罪，给社会稳定造成

较大危害。而脱管的监外执行罪犯又如同刑满释放，往往使群众产生罪犯监外执行就是“没事了”的想法，严重削弱了监外执行制度的法律、社会效果。这方面存在的突出问题主要有：

1. 对罪犯监外执行重视不够，未将监督考察放在重要位置。有关部门在决定将罪犯监外执行时，未根据对象具体确定监督考察机关，或未与执行机关经常保持联系，对罪犯的考察流于形式，缺乏他们的动态信息。认为一旦将罪犯交付监外执行就“完成任务”，回访、了解乃至办理保外就医续保手续等工作均省略了。加之与罪犯所在地的执行机关疏于联系，使有的本该收监执行的罪犯仍逍遥在社会上。如罪犯钱某，1997 年以患有胰腺假性囊肿为由被保外就医，手术病愈后一直在做临时工，仅在 2000 年 3 月就诊过一次，期间未有任何病情复查、续保等手续。部分执行机关对于辖区内的监外执行罪犯，有的未按规定成立监督考察小组；有的没有制定具体监管措施，没有定期考察材料；有的甚至没有建立罪犯名册和罪犯档案。社区民警平日工作繁杂，有时在无奈之下，只能事后补材料，执行监管责任难以落实。个别执行机关对于监外执行罪犯死亡或迁移的，都未能及时与有关部门联系，造成监狱机关、检察机关对监外执行罪犯在辖区的情况及去向不能及时掌握。

2. 根据有关法律规定，法院、监管机关应及时将有关罪犯监外执行的法律文书送达执行地的公安机关和检察机关。但在实践中这些规定并没有得到认真贯彻执行，造成执行交接环节上的脱节，从而使检察机关无从发挥在该环节的监督作用。另外，从监外执行罪犯名单的原始来源看，因公、检两家在管辖方面有所不同而使得各自掌握的对象名单、人数有一定差异。底数不清以至于造成不明，最终导致执法力度和监督效果欠佳。

3. 空挂户口，造成人户分离，无法监管。目前，监外执行罪犯因动迁暂住过渡房、住房困难或需人照顾等原因，而长时间居住其他区域的现象较为普遍，户籍地与居住地不相一致，造成事实上的人户分离，部分罪犯脱管。有的监外执行罪犯外出打工时不向当地公安机关报告，更为严重的是个别监外执行罪犯保外就医后根本不到地区报到或报户口，去向不明，成了不受监督、制约的自由人，处于完全失控状态。如监外执行罪犯吴某脱管至云南贩卖毒品，后被判处死刑。

4. 社会帮教、安置工作不力，易引发重新犯罪。监外执行罪犯重返社会后，往往会受到各方面的压力，比如家属和亲友嫌弃他们，某些怀有偏见的群众歧视他们，某些企事业单位不愿录用他们，而各种诱发犯罪的因素又在不断地刺激和影响着他们。在这种情况下，一些监外执行罪犯重新走上违法犯罪的道路。

造成上述问题的原因分析：

（1）现行罪犯监外执行监督管理主体的职能与社会发展不相适应，影响了其执行的效果与力度。《刑事诉讼法》明确规定公安机关是对罪犯监外执行监督、考察的主要职能部门。由于当前公安机关治安任务繁重，不少公安机关的工作重心

在抓“严打”、查破案件等方面，对罪犯监外执行制度则无暇顾及，刑罚效果无从体现。按照上海市公安局的规定，一个民警管理800户人口，而现在有的公安派出机构的一个民警管理近2 000户人口。监督管理工作不能真正形成对监外执行罪犯的制约和压力，造成对监外执行罪犯的监管不力。

（2）罪犯监外执行制度不完善，导致对监外执行罪犯的管理难上加难。刑法对监外执行罪犯的刑罚执行有相对明确的规定，执行机关也曾在长期的司法实践中形成严密而有效的监外执行制度。但随着社会管理制度的变革和人们观念的变化，原有的专门机关与人民群众相结合的对罪犯监外执行的监督机制弱化，对监外执行罪犯考察组织的组成及职责、考察的内容、方式和措施等无章可循。实践中，有的将考察和监督、管理责任主要落实给管片民警；有的将它落实给基层组织；有的只将它落实在纸上，实际上放任不管；有的虽然成立了监督小组，但明显缺乏权威。监外执行罪犯只对民警服管，对监管小组的其他成员不理不睬，久而久之，监督小组的积极性和责任心受到影响，有的对保外就医罪犯的具保人条件不严格审查，等等，导致对本已无所顾忌的监外执行罪犯的监管难上加难。

（3）公、检、法三机关职责把握不够准确、缺乏监管合力。对监外执行罪犯的监督、考察工作是公安机关的主要职责，检察机关对公安机关的执行活动是否合法实行监督，因此，对监外执行罪犯的直接监督、考察不是检察院的主要职责。司法实践中，部分基层人民检察院往往越俎代庖，甚至把监督、考察人数作为完成工作的量化指标。另外，对于将罪犯暂予监外执行，检察机关往往是仅对暂予监外执行决定是否适当进行监督，而对法院决定暂予监外执行的罪犯的执行情况缺乏监督。至于批准暂予监外执行的人民法院，因法律并未赋予其对暂予监外执行的罪犯监督、管理的权力，所以，即使发现公安机关的“管理监督”有问题，也无法依职权予以监督。作为执行机关的公安机关，在执行中往往认为暂予监外执行决定是人民法院作出的，及时收监也是法院的事，这样势必导致暂予监外执行的罪犯成了游离“法网”之鱼。

（4）现行监外执行法律法规滞后，缺乏可操作性。《监狱法》的颁行把我国整个监禁刑的执行纳入法制轨道，相比而言，归公安部门管辖的罪犯监外执行尽管有相应的法律法规规范，但仍有相当大的缺陷，导致实际操作中束手无策。1995年2月21日公安部令第23号《公安机关对被管制、剥夺政治权利、缓刑、假释、保外就医罪犯的监督管理规定》，2000年9月28日沪公发[2000]333号《上海市公安局关于对被管制、剥夺政治权利、缓刑、假释、暂予监外执行罪犯的监督管理规定》，虽都对暂予监外执行作出具体规定，但对监外执行罪犯违法的具体标准（违反行政法规，情节严重行为尚未构成犯罪）、收监执行具体部门（由原服刑地还是监外执行后居住地的有关部门执行）也都无明确规定，造成在实践中难以执行。又如《刑事诉讼法》规定“由公安机关考察或所在单位或者基层组织予以配合”，但由于监督的主体显然是公安机关而不是罪犯所在单位或基层组织，所以，

这两个组织很难履行“配合”任务。诸如此类的问题亟待法律明确规定。

三、完善监外执行制度的几点建议

进一步健全和完善罪犯监外执行制度，是加强对罪犯监外执行的检察、监督工作，推进社会治安综合治理，预防和减少监外执行罪犯重新犯罪的重要措施，也是严密社会治安防范体系，取得“严打”整治斗争成效的重要一环。针对当前罪犯监外执行中的突出问题，我们认为，在加强与完善公、检、法、司对监外执行罪犯的监管工作的分工与协调方式的前提下，应通过制定易于操作的规范弥补现行法律的缺陷，逐步完善罪犯监外执行制度。

1. 进一步整合政法机关的职能优势，发挥整体效能

（1）明确职能部门的职责分工，切实发挥整体效能。对监外执行罪犯的监管是一项有别于刑罚执行场所执法的综合性工作，需要有关部门之间密切配合。执行机关应建立完备的监管工作组织体系，严格对监外执行罪犯的监督、考察与刑罚执行；检察机关应加强对执行机关执行情况的法律监督力度，及时查纠执法活动中的薄弱环节和违法现象；人民法院在决定将罪犯暂予监外执行时，应综合考虑罪犯的表现、家庭及社区监管环境和改造条件等因素；监管机关对保外就医应依法把好审查关，对不符合法定条件的，一律不准保外就医。

（2）完善信息档案资料库，尽早实现资源共享机制。在目前尚未联网的情形下，法院、监管机关应分别将罪犯保外就医、监外执行的出监时间等，在“第一时间”通知公安机关并抄送同级检察机关。公安机关及检察机关收到有关材料后应予以及时回复。公、检、法、司各职能部门每季度核对一次名单，拾遗补缺，纠正差错。同时建议检察、公安机关统一对监外执行罪犯的管辖统计。

（3）建立由政法委牵头，公安机关治安部门、检察机关监所部门、法院刑庭、地区“综治办”、司法局有关人员参加的联席会议制度，定期进行工作情况交流，研究解决工作难题，协调、畅通工作渠道。

2. 进一步健全罪犯监外执行监督体系

对监外执行罪犯的刑罚执行和监督管理工作，应由公安机关承担。建议在现行法律规定的框架内逐步形成由公安机关负责日常考察，检察机关进行监督，社会力量特别是基层组织积极参与的监督体系。

（1）强化公安机关的专项职能。公安机关承担着繁重的维护社会治安稳定的重要任务，集中精力打击现行犯罪和查破大案要案等项重点工作使得其派出机构尤其是管段民警无暇顾及对监外执行罪犯的执行监管工作。为此，建议在执行机关设立专门的监管部门，科学、严密地对监外执行罪犯实施刑罚执行，具体履行对监外执行罪犯的执行监管专门职能。形成有效的监管执行的工作体系，使监管执行的法律手段进一步落到实处。

（2）加强检察机关的执行监督职能，对监管工作是否依法进行实施监督。各

级监所检察部门必须要实现检察任务和检察对象的转变，切实把监督工作重点转移到对监外执行罪犯负有监管职责的公安机关上来，把监督对象由监外执行罪犯转移到公安机关的执法活动是否合法、监管措施是否落实上来。对监外执行罪犯重新犯罪、收监等，由罪犯监外执行监督管理部门移交或提出申请，经检察机关审查，交公安机关、人民法院及监管场所决定执行或追究责任。

(3) 重视群众监管组织的协同职能，要进一步从法律上、制度上明确监外执行罪犯所在单位、社区等基层组织在监管工作中的地位和权限，并将监外执行罪犯是否服从监管帮教列入考察记分范围。在每个监管对象周围物色若干名政治可靠、作风正派的居民组成监管考察小组，并向监管对象公布小组成员名单，使其自觉接受监管。同时，有关部门要为监外执行罪犯寻找或提供就业培训的机会，以缓解他们的就业矛盾，以利于罪犯在劳动中改造自己。

3. 进一步完善罪犯监外执行的监管工作规程

(1) 相关职能部门要根据现行法律、法规的原则精神，制订、执行监管工作实施细则，明确监外执行监管诸道环节的工作要求和操作程序。如决定监外执行时，应认真分析对象的主观恶性及悔罪情况；对于人户分离的，及时发放联系单，告知有关派出所；对需要办理保外就医续保手续的，不仅要审查续保对象的病残证明，还要有监外执行罪犯居住地执行机关出具的地区表现证明，进行综合审查。

(2) 确立监外执行的担保责任制度。即责令罪犯缴纳保证金或提供保证人并出具保证书。在监外执行情形消失前，保证人负责定期陪同罪犯到公安机关汇报思想、工作情况；若罪犯逃跑、死亡，保证人要及时报告公安机关。违反规定的，要追究保证人的相关责任。若是财产保的，罪犯要定期向执行机关汇报思想；若逃跑，则没收保证金，及时抓捕收押。

(3) 确定监外执行公开听证制度。对拟决定监外执行的，决定机关应当就被告人、罪犯的悔罪表现、再犯可能、社区改造环境、家庭责任，以及配合考察单位或者基层组织的责任、监外执行期间的义务能否得到切实履行，向公安机关辖区派出所的管段警察、所在的单位、居住的社区进行核实，并听取检察机关、公安机关、所在单位或者社区、本人及其家属等多方面的意见，对监外执行的法定条件、监管考察措施、监管环境、生活就医保障等进行可行性论证。经综合分析评议后，作出应否监外执行的决定。同时，对监外执行罪犯的权利、义务实行书面告知制度，规定每月要向民警汇报一次，由管段民警在联系册上填写罪犯的改造表现。监外执行罪犯外出，必须严格请假制度，由基层公安组织出具“监外执行罪犯外出证明单”，防止失控现象。

(4) 设定监外执行参与配合制度。公安机关作为主管机关，必须努力做好对监外执行罪犯监督、管理的本职工作，基层组织或所在单位作为辅助组织，也要积极做好配合工作。监外执行罪犯所在的单位或者基层组织可以与考察机关就对监外执行罪犯履行义务情况签订配合考察责任书。监外执行罪犯应当将自己的活

动情况、遵守义务情况定期写成书面报告，呈交考察机关，并抄送所在单位或者基层组织。

4. 探索检察机关对监外执行罪犯监督、管理的程序化方式

执法的透明化是有效监督的前提条件。我们认为，检察机关对监外执行罪犯的刑罚执行实施监督，应实行程序监督和实体监督相统一。通过适时介入暂予监外执行等前置程序，更直观地对罪犯管教考核得出的结论以及考核制度的合理性、考核方法的公正性、监管等机关审批程序的合法性等进行监督。同时，规范检察机关对罪犯监外执行情况监督的程序，及时防止和纠正错误，以保证监外执行的正确、有效适用，减少错案、假案的发生；并在对监外执行罪犯的检察、监督中，重点强化个案的监督。对适用监外执行不当的案件，应通过抗诉进行监督，切实体现罪犯监外执行的法律效果与社会效果的有机统一。

第三节　减刑和假释

一、减刑

根据《刑法》第 78 条的规定，减刑是指被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的罪犯，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以依法对其减轻原判的刑罚。减刑可以由较重的刑罚减为较轻的刑罚（只限于无期徒刑减为有期徒刑），也可以由较长的刑期减为较短的刑期。但是，经过一次减刑或几次减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的一半；判处无期徒刑的，不能少于 10 年。无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算，已经执行的刑期，不应计入减刑后的刑期之内；有期徒刑、拘役、管制减刑后的刑期，原判刑期已执行的部分，应当计入裁定减刑后的刑期。附加剥夺政治权利的无期徒刑减为有期徒刑时，应当把附加剥夺政治权利的期限改为 3 年以上 10 年以下；有期徒刑、拘役、管制减刑时，可以酌减附加剥夺政治权利的期限。

根据《刑事诉讼法》第 221 条第 2 款和《监狱法》等有关法律的规定，对于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的罪犯，应当依法减刑时，应由各刑罚执行机关提出建议书，根据原判处刑罚的不同，分别报请不同的人民法院审核裁定：

（1）对于被判处无期徒刑的罪犯的减刑，应当由罪犯所在监狱、未成年犯管教所提出书面意见，经省、自治区、直辖市的监狱管理机关审核同意后，报请当地高级人民法院审核裁定；

（2）对于被判处有期徒刑的罪犯的减刑，应当由罪犯所在监狱、未成年犯管教所提出书面意见，报请当地中级人民法院审核裁定；

（3）对于被判处1年以下有期徒刑或者交付执行时余刑在1年以下有期徒刑的罪犯的减刑，由罪犯所在看守所提出书面意见，经当地县级以上公安机关审查同意后，分别报请当地中级人民法院或基层人民法院审核裁定；

（4）对于被判处拘役的罪犯的减刑，由罪犯所在拘役所提出书面意见，经当地县级公安机关审查同意后，报请当地基层人民法院审核裁定；

（5）对于被判处管制的罪犯的减刑，由执行管制的公安派出所提出意见，经当地县级公安机关审查同意后，报请当地基层人民法院裁定；

（6）被宣告缓刑的罪犯，在缓刑考验期内确有立功表现，需要予以减刑，并相应缩短缓刑考验期限的，应当由公安派出所会同负责考察罪犯表现的所在单位或基层组织提出书面意见，报当地县级公安机关审查同意后，报请当地人民法院审核裁定。

二、假释

根据《刑法》第81条的规定，假释是指被判处有期徒刑的罪犯，原判刑期执行了一半以上，被判处无期徒刑的罪犯，实际刑期执行10年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不致再危害社会的，可以附条件地将其提前释放。如果有特殊情节，经最高人民法院核准，假释也可以不受上述执行刑期的限制。对累犯以及因杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。有期徒刑的假释考验期为没有执行完的刑期；无期徒刑的假释考验期为10年。假释考验期限自假释之日起计算。如果原判决附加剥夺政治权利的，应当从假释之日起执行。

假释的程序与减刑的程序基本相同。

《刑事诉讼法》第217条第2款规定："对于被假释的罪犯，在假释考验期限内，由公安机关予以监督。"被假释的罪犯在假释考验期内，必须遵守国家法律、行政法规和公安机关制定的关于监督、管理的具体规定，定期向执行机关报告自己的活动情况，遵守监督机关关于会客的规定，迁居或者离开居住区域必须经公安机关批准。被假释的罪犯在假释考验期内没有违反法律、行政法规和公安机关有关假释的监督、管理规定的行为，则认为原判刑罚已执行完毕，公安机关应当向本人宣布并通报原裁定假释的人民法院和原关押罪犯的刑罚执行机关，无须另外办理释放手续。根据《刑法》和《监狱法》的有关规定，假释的撤销有两种情形：（1）被假释的罪犯，如果在假释考验期内再犯新罪，则由审理新罪的人民法院撤销假释，把前罪没有执行完毕的刑罚和对后罪新判处的刑罚，按照数罪并罚的原则，决定应当执行的刑期。（2）被假释的罪犯在假释考验期内有违反法律、行政法规和公安机关有关假释的监督、管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，公安机关可以向人民法院提出撤销假释的建议，人民法院应当自收到撤销假释建议书之日起1个月内予以审核裁定。人民法院裁定撤销假释的，由公安机关将罪

犯送交收监。

三、减刑、假释的审理程序

监狱等刑罚执行机关在报请人民法院审核裁定减刑、假释时，必须做到材料完备、手续齐全，以保证人民法院审理活动的顺利进行。应申报的材料包括：提请减刑意见书或提请假释意见书、罪犯评审鉴定表、奖惩审批表、终审法院判决书或裁定书的复制件、历次减刑裁定书的复制件，以及有关罪犯悔改或者立功表现具体事实的证明材料。

人民法院审理减刑、假释案件，应当组成合议庭进行，对监狱等刑罚执行机关提出的材料和意见应当认真审查核实。经查证核实，具备法定条件的，应予减刑、假释。对于不符合法律规定的减刑、假释条件的罪犯，不得以任何理由将其减刑、假释。减刑、假释的裁定书应扼要写明罪犯确有悔改或立功表现的事实，引用《刑法》、《刑事诉讼法》等法律规定的有关条款，并注明减刑、假释的起止日期。《监狱法》规定，人民法院应当自收到减刑建议书或者假释建议书之日起1个月之内予以审核裁定；案情复杂或者情况特殊的，可以延长1个月。减刑裁定书的副本或假释裁定书的副本应当抄送人民检察院，并送交原审人民法院存卷。

人民法院的减刑或者假释裁定，一般由作出裁定的人民法院直接宣告；直接宣告有困难的，也可以委托罪犯服刑地的人民法院或者执行机关代为宣告。减刑、假释裁定不准上诉。对于人民法院裁定假释的罪犯，监狱等刑罚执行机关应当按期假释并发给释放证明书。

第四节　对新罪、漏罪和申诉的处理

一、对新罪、漏罪的处理

新罪，是指罪犯在服刑期间又犯的新罪行。漏罪，是指判决生效后，在执行过程中发现的罪犯在判决宣告以前所犯的尚未判决的罪行。

《刑事诉讼法》第221条第1款规定："罪犯在服刑期间又犯罪的，或者发现了判决的时候所没有发现的罪行的，由执行机关移送人民检察院处理。"发现了罪犯的新罪，都应依法追诉，这必然会涉及执行的变更问题。

在刑罚执行期间，如果发现了罪犯在判决宣告以前所犯的尚未判决的漏罪，或者罪犯实施了脱逃、组织越狱、伤害等新罪，由监狱等有管辖权的机关进行侦查。侦查终结后，写出起诉意见书，连同案卷材料、证据一并移送人民检察院。如果认为需要追究刑事责任，人民检察院应按管辖分工的不同，向有管辖权的基层人民法院或中级人民法院起诉。人民法院应依法进行审判，将对罪犯的新罪和漏罪所判处的刑罚与原判决尚未执行完毕的刑期，按数罪并罚的原则，决定应当

执行的刑罚。

至于服刑罪犯脱逃后又犯新罪的，应分别情况处理。如果新罪是在被捕以后发现的，应按前述管辖和处理程序进行追究；如果罪犯所犯罪行是在犯罪地发现的，则由犯罪地的公安机关、人民检察院、人民法院依照管辖范围和法定程序进行处理。判决后，原则上仍将罪犯送回原所在监狱执行。

至于服刑罪犯脱逃后又犯罪是否办理逮捕手续的问题，应分别情况处理：(1) 如果查明查获的犯罪分子确为服刑期间脱逃的罪犯，可由捕获的公安机关羁押，不必再办逮捕手续，看守所应当凭公安机关的羁押文件收押；(2) 如果未查明犯罪人系服刑期间脱逃的罪犯，其行为又该逮捕的，可依法办理逮捕手续；(3) 办理罪犯在服刑期间又犯新罪过程中，如果罪犯服刑期届满，所犯新罪够逮捕条件的，应由人民检察院或人民法院批准或决定逮捕。

人民法院对新罪、漏罪审理后制作的判决书，除应送达罪犯交付执行的监狱外，还应送达原审人民法院和担负监所检察任务的人民检察院。

二、对申诉的处理

《刑事诉讼法》第223条规定："监狱和其他执行机关在刑罚执行中，如果认为判决有错误或者罪犯提出申诉，应当转请人民检察院或者原判人民法院处理。"根据该规定，在执行刑罚过程中，监狱和其他执行机关如果发现对罪犯的判决有错误，应本着对法律高度负责的精神，及时将有关情况及意见向人民检察院或原判人民法院反映。在执行刑罚过程中，罪犯本人认为生效裁判有错误的，也可以向人民检察院或原判人民法院提出申诉，请求重新处理。所谓申诉，是指罪犯认为对自己的判决有错误，在服刑过程中提出撤销或变更原判刑罚的请求。对于罪犯的申诉材料，监狱或其他刑罚执行机关应当及时转递，不得扣压。

人民检察院或者原判人民法院对收到的申诉材料及意见应当迅速审查。认为确有错误的，应依法提起审判监督程序，对案件进行再审。对于原判正确、申请没有理由的，可以驳回申诉，并将处理结果通知申诉人和有关执行机关。《监狱法》规定，人民检察院或人民法院应当自收到监狱提请处理意见书之日起6个月内将处理结果通知监狱。

【问题与思考】

1. 简述判处死刑立即执行判决的变更执行程序。
2. 简述监外执行的概念和条件。
3. 简述减刑、假释的条件和程序。

4. 案例讨论：

某土地局原副局长张某，因在国有土地出让过程中大肆受贿，被检举揭发，于 2002 年 5 月由法院判处有期徒刑 5 年。在执行过程中，张某因难以忍受监狱生活，经常绝食，身体每况愈下。后监狱方面担心张某会因此死亡，建议张某家属在监狱所在地的县医院找到相关人员通融，给张某开具需保外就医的证明。2006 年 1 月监狱同意张某监外执行 1 年。2007 年 3 月，检察机关在一次例行检查中发现张某不符合监外执行的情形，但鉴于还有 2 个月张某即刑满释放，于是对监狱管理机关提出了检察建议。此时，张某因对法院判刑不满正准备对法院实施爆炸，被人举报。

问题：

（1）保外就医的具体程序如何？

（2）监狱方面在本案中存在哪些违法做法？

（3）本案应如何处理？

第六编

特别诉讼程序

第二十二章 附带民事诉讼

第一节 附带民事诉讼的概念和意义	一、附带民事诉讼的概念和性质 二、附带民事诉讼的基本特征 三、附带民事诉讼制度的意义
第二节 附带民事诉讼当事人	一、附带民事诉讼原告人 二、附带民事诉讼被告人
第三节 附带民事诉讼的程序	一、附带民事诉讼的提起 二、附带民事诉讼的审判

本章概要

国家对犯罪者的刑罚惩罚纵使被犯罪侵害的人及其亲属受创的心灵得到了抚慰，也不能补偿被害人因他人犯罪所遭受的实实在在的损失。为此，国家确立附带民事诉讼制度，作为被害人寻求救济的法律途径。附带民事诉讼与刑事诉讼在同一个审判机构同时进行，可以使犯罪引起的侵权损害赔偿问题得到公正、及时的解决，同时又减少了司法资源的耗费。

关键术语

附带民事诉讼　附带民事诉讼原告人　附带民事诉讼被告人　物质损失

第一节　附带民事诉讼的概念和意义

古代法律还提供了其他证据，证明最古的司法官吏模仿着私人争执中人们的可能行为。在决定赔偿损害时，他们以在该案件的情况下一个被害人可能要采取报复的程度作为他们的指南。

——【英】梅因

一、附带民事诉讼的概念和性质

附带民事诉讼是指人民法院在解决刑事被告人的刑事责任的同时，在当事人的参加下，附带解决由犯罪行为造成的被害人物质损失的赔偿纠纷的诉讼活动。

附带民事诉讼是刑事诉讼过程中附带进行的民事诉讼，既不是刑事诉讼本身，也不是独立的民事诉讼。附带民事诉讼不是解决被告人的刑事责任问题，而是解决被害人因被告人的犯罪行为遭受的物质损失的赔偿问题。刑事被害人既可能是自然人，也可能是法人或其他组织。无论是自然人还是组织，都有权在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼，要求被告人赔偿其犯罪行为造成的物质损失。为此，我国《刑事诉讼法》第77条规定："被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起附带民事诉讼。如果是国家财产、集体财产遭受损失的，人民检察院在提起公诉的时候，可以提起附带民事诉讼。"

附带民事诉讼本质上是一种民事诉讼，具有民事诉讼的性质，与民事诉讼具有共同的特征。在附带民事诉讼中，当事人享有与普通的民事诉讼当事人同样的诉讼权利，民事诉讼的有关规定也同样适用，如诉讼基本原则、举证责任、审判程序等等，审理的结果，也是适用民事侵权责任的实体法律规定。但是，附带民事诉讼又是一种特殊的民事诉讼，其特殊性主要在于，附带民事诉讼以刑事诉讼程序的存在为发生的条件，与刑事诉讼过程同时进行。

二、附带民事诉讼的基本特征

与普通的民事诉讼相比，附带民事诉讼具有下列独有的特征：

1. 附带民事诉讼是在刑事诉讼过程中提起的民事诉讼，以正在进行的刑事诉讼为前提。附带民事诉讼的实质是依附于刑事诉讼，与刑事诉讼一并进行的附带的民事诉讼，其目的是在解决被告人的刑事责任问题的同时，正确而又及时地解决被告人的犯罪行为造成的被害人的物质损失问题。因此，它必须在刑事诉讼开始以后、结束之前提起，以正在进行的刑事诉讼为前提条件。如果刑事诉讼程序

尚未开始，或者刑事诉讼程序已经结束，就不可能发生附带民事诉讼，被害人只能通过提起独立的民事诉讼实现赔偿请求权。

2. 附带民事诉讼是以被告人的犯罪行为为侵权行为的特殊的损害赔偿诉讼，被害人的损失与被告人的犯罪行为之间存在直接的因果关系。刑事被告人实施的犯罪行为如果对被害人造成了物质损失，这一危害行为便同时具有刑法上和民法上双重的意义。在刑法上，犯罪行为是一种应受刑罚处罚的行为，行为人应当承担刑事责任；在民法上，犯罪行为又是一种侵权行为，行为人应当承担民事责任。因此，在能够成为附带民事诉讼审判对象的损害赔偿纠纷中，被害人的损失与被告人的犯罪行为之间必然具有因果关系，即被害人的损失是由被告人的犯罪行为所造成的。如果被害人的损失不是由被告人的犯罪行为造成的，或者被害人的损失与被告人受到指控的犯罪行为之间没有直接的因果关系，便不能构成附带民事诉讼。这里所说的犯罪行为，是一种仅有程序意义而尚未等到判决确认的犯罪行为，即仅指被指控的行为。附带民事诉讼所要求的只是被害人的损失与被告人的程序意义上的犯罪行为之间存在因果关系，即使这一程序意义上的犯罪行为最终没有被判决确认为实体意义上的犯罪行为，也不影响附带民事诉讼的成立。这里所说的因果关系，是指被害人的损失是由被告人的犯罪行为造成的，被害人的损失包括已经遭受的实际损失，如医疗费用、陪护费用、误工损失、财产毁损等等，也包括必然遭受的损失，如后续治疗费用、因伤残而失去劳动能力后的生活费用、被扶养人的生活费用等等。

3. 请求赔偿的被害人的损失是物质损失，不包括精神损失。被告人的犯罪行为对被害人造成的损害不仅有物质方面的，还可能有精神方面的，尤其是人身遭受严重侵害后，被害人精神上必然会遭受巨大的痛苦。在某种场合，犯罪行为发生后，被害人没有遭受物质损失，但犯罪行为可能给被害人造成了巨大的精神创伤，例如被告人实施了侮辱、诽谤等犯罪行为的场合。但是，附带民事诉讼并不解决犯罪行为给被害人造成的精神损失的赔偿问题。从《刑事诉讼法》第 77 条可见，被害人或公诉机关能够请求赔偿的损失是犯罪行为造成的“物质损失”、“国家财产”或“集体财产”的损失，并不包括精神损失。最高人民法院 2000 年 12 月作出的《关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 1 条也规定：“因人身权利受到犯罪侵犯而遭受物质损失或者财物被犯罪分子毁坏而遭受物质损失的，可以提起附带民事诉讼。对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”

不解决被害人因受犯罪侵犯而遭受的精神损失问题，在我国法律上不仅仅是一个刑事程序法上的问题，更重要的是一个实体法上的问题。2002 年 7 月 11 日最高人民法院《关于人民法院是否受理刑事案件被害人提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复》明确表态：“对于刑事案件被害人由于被告人的犯罪行为而遭受精神损害提起的附带民事诉讼，或者在该刑事案件审结以后，被害人另行提起精神损

害赔偿民事诉讼的，人民法院不予受理。”这表明实体法上并没有确认被害人对于精神损害的赔偿请求权。是否应当允许被害人在附带民事诉讼中对犯罪行为造成的精神损害提出赔偿请求，国际上做法不一。在我国，理论上对精神损害是否应列入赔偿范围亦有争议，现行法律否定被害人有请求精神损害赔偿的权利，主要原因是实践中操作的困难性。几乎所有侵犯人身权利的犯罪行为都会给被害人造成一定程度的精神损害，而要确定在哪些情况下应当对精神损害进行赔偿是非常困难的事情。从发展的角度看，诸如强奸、侮辱、诽谤、毁坏容貌的重伤害等犯罪行为给被害人造成的精神损害重于物质损害，应当赋予被害人请求精神损害赔偿的权利。

上述附带民事诉讼的基本特征实际上也就是附带民事诉讼构成或者成立的基本要件。任何一项附带民事诉讼都必须具备上述特征或构成要件。

三、附带民事诉讼制度的意义

附带民事诉讼制度的直接目的是解决被害人因受到犯罪侵害而发生的物质损失的赔偿问题。虽然现代各国都赋予被害人赔偿请求权，但对于解决这一问题英美法系和大陆法系提供的法律途径有别。英美法系国家没有附带民事诉讼制度，被害人只能在刑事程序以外提起独立的民事诉讼，行使对犯罪者的损害赔偿请求权。实行这样一种制度，理论上认为主要有三点考虑：一是犯罪侵害公法、危害社会，民事侵权属私法领域，二者不应相混；二是两种诉讼证明标准有别，同时处理刑事诉讼和民事诉讼易使得事实裁判者混淆；三是民事原告人的加入易破坏控辩平衡。①大陆法系国家则普遍实行附带民事诉讼制度，允许在刑事程序中一并解决被害人因受犯罪行为侵害而发生的损失的赔偿问题。

附带民事诉讼制度在我国是一项重要的诉讼制度，这一制度的实行有着重要的意义。

1. 有利于被害人及时、有效地维护自己的合法权益。维护被害人的合法权益本身也是刑事诉讼的任务之一。现代各国日益重视被害人合法权益的维护。当犯罪行为对被害人造成物质损害的时候，被害人除了有权要求对犯罪行为人实施刑罚惩罚外，还有权请求法院判令被告人赔偿犯罪行为给自己造成的损失。虽然在刑事程序之外被害人也可以行使赔偿权，但在刑事程序中同时附带进行民事赔偿诉讼，有利于赔偿问题的正确、及时解决，使被害人因受犯罪侵害而遭受的物质损失及时得到赔偿。

2. 有利于公正地处理赔偿纠纷。在犯罪造成被害人物质损失的情况下，成为刑事责任与民事责任根据的侵权事实部分或完全重合，将这部分或完全重合的侵

---

① 参见樊崇义主编：《刑事诉讼法学》（修订版），438页，北京，中国政法大学出版社，1999。

权事实引起的两个法律关系问题同时处理，有利于查明案情，正确认定侵权事实，从而公正、合理地处理民事赔偿纠纷，避免刑事、民事判决在认定事实上可能出现的相互矛盾。

3. 有利于节约司法资源，提高诉讼效率。刑事诉讼与所附带的民事诉讼在案件事实、诉讼参与人等方面都是相同的，在刑事诉讼过程中由同一审判组织附带解决民事诉讼所要解决的赔偿纠纷问题，可以大大节约司法机关及诉讼参与人人力、物力、财力和时间的支出，特别是可以减少诉讼参与人的讼累。

第二节 附带民事诉讼当事人

附带民事诉讼当事人，包括附带民事诉讼原告人和附带民事诉讼被告人。虽然在许多情况下，附带民事诉讼的原告人与刑事被害人、附带民事诉讼被告人与刑事被告人是重合的，但是，附带民事诉讼当事人不限于刑事被害人和刑事被告人。

一、附带民事诉讼原告人

附带民事诉讼的原告人，是指以自己的名义向公安、司法机关提起附带民事诉讼的人。能够以自己的名义提起附带民事诉讼的通常是被害人，但不限于被害人，也不限于自然人。具体地说，下列自然人和单位可以成为附带民事诉讼的原告人：

1. 因犯罪行为的发生而自己遭受物质损失的公民

(1) 刑事被害人。被害人受到犯罪行为的直接侵害，如果犯罪行为对被害人造成了物质损失，被害人有权提起附带民事诉讼，因而被害人是最为常见的附带民事诉讼原告人。

(2) 法定代理人或监护人。如果被害人是未成年人、精神病人或其他无行为能力人，其法定代理人或监护人为维护被害人的合法权益，有权作为附带民事诉讼的原告提起附带民事诉讼。

(3) 死亡的刑事被害人的近亲属。刑事被害人如果已经死亡，不可能以自己的名义和通过自己的诉讼行为请求赔偿，因而，被害人的近亲属可以作为原告人，以自己的名义直接提起附带民事诉讼。有些国家，如德国的法律规定，可以提起附带民事诉讼的人是被害人及其法定继承人。法定继承人与近亲属在范围上有所不同，前者的范围比后者大。

(4) 因犯罪行为发生而遭受损失的其他公民。犯罪行为可能给被害人以外的其他人造成物质方面的损失。例如，被害人受犯罪侵害时采取的紧急避险行为或躲避犯罪侵害的行为可能给其他公民造成损害，其他公民为救治被害人而为其垫付医疗费、陪护费、生活费等。这些被害人以外的其他受害者为维护自己的合法

权益，有权直接提起附带民事诉讼，请求判令附带民事诉讼的被告人赔偿自己的损失。

2. 因犯罪行为而遭受物质损失的单位

机关、团体、企业、事业单位既可能成为某些犯罪行为的被害人，例如单位的财产被盗骗、毁损等，也可能为抢救、治疗被害人和安排被害人生活而遭受了损失，所以，因犯罪行为的发生而使自己的财产受到损失的单位可以成为附带民事诉讼的原告人。

3. 提起公诉的人民检察院

依据《刑事诉讼法》第 77 条的规定，如果犯罪行为使国家财产、集体财产遭受了损失，人民检察院在提起公诉的时候可以提起附带民事诉讼。人民检察院代表国家行使公诉权，提起附带民事诉讼的权利与公诉权显然有别。因此，理论上对检察机关在附带民事诉讼中的法律地位问题争议颇多。第一种观点认为，人民检察院提起附带民事诉讼，依然是在行使法律监督权，因而，人民检察院在附带民事诉讼中仍然居于公诉人地位，而不是原告人。第二种观点认为，人民检察院在附带民事诉讼中行使原告的权利，因而属于附带民事诉讼原告人。第三种观点认为，检察机关提起附带民事诉讼时既是公诉人，又是原告人，与纯粹的附带民事诉讼原告人有别，例如，不能与被告人自行和解或达成调解协议。第四种观点认为，检察机关代替单位被害人提起附带民事诉讼，居于法定代理人地位。第五种观点认为，检察机关提起附带民事诉讼时既不是公诉人或原告人，也不是代理人，而是以法律监督者的身份行使起诉权，其地位仍然是法律监督者。我们认为，检察机关以自己的名义提起附带民事诉讼，客观上就居于原告人地位，民事实体权利的归属不影响其原告人地位的成立。但同时检察机关又居于法律监督机关的地位，表现在检察机关不能代表单位被害人与附带民事诉讼被告人进行和解，当认为附带民事诉讼的第一审判决有错误时，行使的是抗诉权而非上诉权。

需要注意的是，法律规定人民检察院可以提起附带民事诉讼，而非一定要提起附带民事诉讼，因而，检察机关提起公诉时首先应当告知单位被害人，让其行使赔偿请求权。只有在遭受物质损失的国有单位或集体单位怠于行使起诉权，国有资产或集体资产遭受严重损失时，检察机关才可以行使起诉权。

二、附带民事诉讼被告人

附带民事诉讼的被告人，是指对犯罪行为造成的物质损失负有赔偿义务的人。在大多数情况下，附带民事诉讼的被告人限于刑事被告人本人。因单位能够成为犯罪主体，故而刑事被告人也包括单位在内。在有些场合，除了刑事被告人以外，其他主体也可能成为附带民事诉讼的共同被告人。确认刑事被告人以外的其他单位和个人具有附带民事诉讼被告人的主体资格，有利于维护被害人和其他因犯罪行为而遭受物质损失的人的合法权益。此种规定基本上是各国的通例。

除了刑事被告人是附带民事诉讼的被告人以外，依据法律和司法解释的规定，其他可能成为附带民事诉讼被告人的主体包括：

（1）共同犯罪中其他未被追究刑事责任的共同致害人；（2）未成年刑事被告人的法定代理人或监护人；（3）案件审结前已经死亡的犯罪行为人的遗产继承人；（4）已被执行死刑的罪犯的遗产继承人；（5）对刑事被告人的犯罪行为依法应当承担民事赔偿责任的单位和个人。

成年刑事被告人应当成为附带民事诉讼被告人，承担民事赔偿责任。但因附带民事诉讼所要确定的赔偿责任是一种民事责任，不具有刑事处罚的性质，如果成年附带民事诉讼被告人的亲属自愿代为承担赔偿责任的，人民法院应当准许。

第三节 附带民事诉讼的程序

一、附带民事诉讼的提起

1. 提起附带民事诉讼的条件

附带民事诉讼属于民事诉讼，因而提起附带民事诉讼应当具备与《民事诉讼法》第108条规定的条件类似的起诉条件，包括：（1）原告人具有提起附带民事诉讼的资格；（2）有明确的附带民事诉讼被告人；（3）有具体的诉讼请求、事实和理由；（4）被害人的物质损失系由被告人的犯罪行为所造成；（5）属于人民法院受理附带民事诉讼的范围，比如不是请求精神损害赔偿，等等。

2. 提起附带民事诉讼的时间和方式

附带民事诉讼与普通民事诉讼的不同也表现在是否直接向人民法院提起诉讼方面。普通民事诉讼只能由原告直接向法院提起，而附带民事诉讼可以由原告向公安、检察机关提起。依据《刑事诉讼法》第77条的规定，原告人可以在刑事诉讼过程中提起附带民事诉讼。所谓刑事诉讼过程中，应指刑事案件立案以后至第一审判决宣告之前。

既然附带民事诉讼可以在刑事诉讼过程中提起，原告人自然可以在侦查阶段或起诉阶段就提起附带民事诉讼。在侦查、起诉阶段提起附带民事诉讼，原告人只能向侦查机关或审查起诉机关提起附带民事诉讼。不过，侦查、起诉机关并不是处理附带民事诉讼的审判机关，其接受附带民事诉讼的起诉，只是在移送刑事案件时代为一并移送附带民事诉讼的起诉材料而已，便于提起公诉的机关向受理刑事案件的人民法院一并移送附带民事案件，不具有人民法院立案受理的效力。因而，附带民事诉讼能否成立，最终仍应由人民法院审查后作出是否受理的决定。如果原告人在刑事诉讼过程中提出了附带民事诉讼的请求，而刑事诉讼在起诉前被依法终止，即依据法律的规定案件被撤销或人民检察院作出了不起诉的决定，那么，民事诉讼不可能与刑事诉讼附带进行，原告人只能通过重新向有管辖权的

人民法院提起独立的民事诉讼来实现赔偿请求权。

提起附带民事诉讼原则上应采取书面形式，即应当提交附带民事诉讼起诉状，但书写起诉状有困难的，也可以口头形式起诉，由原告方陈述诉讼请求、起诉的事实和理由，由办案人员将其提出的起诉如实记录在案，陈述者阅读无误后签名。无论是提出书面的起诉状还是以口头形式起诉，都应当符合提起附带民事诉讼的条件，详细说明作为原告人的成年被害人及未成年被害人的法定代理人或监护人的姓名、年龄、住址，附带民事诉讼被告人的姓名、年龄、住址；原告人或被告人是单位的，则应说明该单位的名称、住所地、法定代表人或负责人，遭受犯罪侵害而产生的物质损失的情况，具体的诉讼请求，起诉的理由，等等。

二、附带民事诉讼的审判

（一）附带民事诉讼的受理

附带民事诉讼的原告人或人民检察院向人民法院提起附带民事诉讼以后，人民法院应当认真进行审查：对符合起诉条件的，决定受理；对不符合起诉条件的，裁定驳回起诉。人民法院对起诉的审查主要是形式审查，只要符合起诉条件，就应当受理。附带民事诉讼虽然以刑事诉讼的存在为前提，但并不以人民法院认为被告人的行为实体上构成犯罪为条件，人民法院不得以被告人的行为可能不构成犯罪为理由，拒绝受理附带民事诉讼。

人民法院应在原告人提起附带民事诉讼后 7 日以内作出是否受理的决定。决定受理后，应当在 5 日以内向附带民事诉讼被告人送达附带民事诉讼起诉书副本，或者将口头起诉的内容及时间通知附带民事诉讼被告人。在向附带民事诉讼被告人送达起诉书副本或通知其应诉时，人民法院应根据刑事案件审理的期限，确定附带民事诉讼被告人提交答辩状的时间。

（二）附带民事诉讼的审理

附带民事诉讼制度旨在提高诉讼效率，及时维护被害人的合法权益，因而附带民事诉讼原则上应与刑事诉讼一并审理。一并审理，是指附带民事诉讼部分与刑事诉讼部分在同一个诉讼程序中进行审理，即人民法院在开庭审理刑事案件时一并审理附带民事案件。由于民事诉讼是附带在刑事程序中进行的，故而在开庭审理过程中人民法院应当首先对刑事部分进行法庭调查，刑事部分调查完毕后再进行民事部分的调查；在法庭辩论阶段，刑事部分的辩论终结后再进行民事部分的辩论；附带民事诉讼部分辩论结束后，可以就民事赔偿问题进行当庭调解，调解不成的，与刑事部分一并进入评议和裁判程序。

附带民事诉讼原则上与刑事诉讼一并审理，但为了防止刑事案件过分迟延，也可以在刑事案件审判结束后再由同一审判组织继续审理附带民事诉讼。刑事案件审理期限更为严格，一方面，是为了及时惩处犯罪；另一方面，是刑事案件的迟延可能造成延长刑事被告人羁押期限的后果，使被告人的合法权益受到不必要

的损害。因此，当附带民事诉讼案件由于案情复杂或者当事人不能及时到案参与诉讼等原因不能及时进行审理时，人民法院也可以先对刑事案件进行审判，然后再由同一审判组织继续审理附带民事诉讼案件。

附带民事诉讼本质上是民事诉讼，因而附带民事诉讼的审理在刑事诉讼法没有特别规定的地方可以适用民事诉讼的有关规定。例如，附带民事诉讼原告人经过人民法院传票传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，按撤诉处理；刑事被告人以外的附带民事诉讼被告人经合法传唤，无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，附带民事诉讼部分可以缺席判决。

在附带民事诉讼审理过程中，法庭可以进行调解；调解不成的，应当及时判决。但是，对于人民检察院为维护国家利益、集体利益提起的附带民事诉讼，法庭不得进行调解。因为检察机关有权起诉，但无权处分国有单位或集体单位的实体利益。

为了保证附带民事诉讼原告人的合法权益能够得到有效维护，使遭受犯罪侵害而产生的物质损失能够及时得到有效赔偿，在附带民事诉讼审理过程中，人民法院认为有必要时，可依原告人的申请或依职权，对附带民事诉讼被告人的财产采取查封、扣押等诉讼保全措施。

（三）附带民事诉讼的裁判

附带民事诉讼案件经审理后调解不成的，应当及时判决。经审理，法院认为原告人主张的事实缺乏证据，请求没有充分的理由的，应当驳回附带民事诉讼原告人的诉讼请求；经审理后支持其诉讼请求的，应当根据犯罪对被害人造成损害的程度、原告人因犯罪发生而遭受物质损失的程度，结合附带民事诉讼被告人的赔偿能力和已经对被害人作出的部分赔偿，依据有关的规定，确定合理的赔偿数额。

在刑事案件审结时，人民法院如果认为证据不足以认定犯罪事实发生而对刑事被告人作出无罪宣告，同时又不能认定被告人的致害事实的，应判决驳回附带民事诉讼原告人的诉讼请求；刑事被告人有致人损害的事实，但其行为依法不构成犯罪的，人民法院在作出无罪判决时，可以判决附带民事诉讼被告人承担民事赔偿责任。

人民法院审理附带民事诉讼案件，不得收取诉讼费用。

【问题与思考】

1. 附带民事诉讼与普通民事诉讼有何联系和区别？
2. 附带民事诉讼制度有何重要意义？

3. 哪些主体可以成为我国刑事诉讼中的附带民事诉讼当事人？

4. 附带民事诉讼的成立应具备哪些条件？

5. 案例讨论：

在一起故意杀人案件的审判中，被害人乐某无近亲属和法定继承人，遂由被害人生前所在县的民政局对被告人周某提起附带民事诉讼，要求赔偿各种损失共计人民币 32 万元。一审法院经审理后认为，指控被告人周某杀人的证据中，案发现场疑为犯罪者留下的脚印是否系被告人周某所留无法确定，且被告人庭审中翻供，故难以认定其实施了犯罪。最后，法庭以证据不足为由，宣告指控的罪名不能成立，判决被告人周某无罪。同时，判决书认为，虽然有证据证明被告人周某存在重大的犯罪嫌疑，但毕竟指控的罪名不成立，让被告人承担民事赔偿责任同样缺乏事实根据，遂驳回了民政局的附带民事诉讼请求。

问题：法院对附带民事诉讼的处理是否合法？

第二十三章 未成年人刑事案件诉讼程序

第一节 未成年人刑事案件诉讼程序概述

一、未成年人刑事案件诉讼程序的概念

二、未成年人刑事案件诉讼程序的法律依据

三、未成年人刑事案件诉讼程序的意义

第二节 未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则

一、教育为主、惩罚为辅的原则

二、分案处理原则

三、不公开审理原则

四、及时原则

五、和缓原则

第三节 未成年人刑事案件诉讼程序的特点

一、必须查明犯罪嫌疑人、被告人的准确出生日期

二、由专门机构或专职人员承办

三、诉讼工作的全面性和细致性

四、未成年犯罪嫌疑人、被告人享有特别的诉讼权利

五、严格限制强制措施的适用

六、区别对待的起诉政策
七、相对和缓的办案方式

本章概要

未成年人的心理与生理均尚未成熟，未成年人犯罪同成年人犯罪也有很大不同，并且未成年人比较容易矫正，为此世界上大多数国家都建立了少年法庭，通过专门的诉讼程序来处理未成年人刑事案件。我国《刑事诉讼法》并未专门规定未成年人刑事案件诉讼程序，而是主要通过《未成年人保护法》以及最高人民法院、最高人民检察院、公安部的相关解释对此作了规定。

关键术语

未成年人犯罪　未成年人刑事案件诉讼程序　少年法庭　教育、感化、挽救　教育为主、惩罚为辅　分案处理原则　不公开审理原则　和缓原则　区别对待的起诉政策

第一节　未成年人刑事案件诉讼程序概述

一、未成年人刑事案件诉讼程序的概念

对少年的案件，在程序上应考虑到他们的年龄和帮助他们重新做人的需要。

——《公民权利和政治权利国际公约》第 14 条第 4 款

在我国，未成年人刑事案件是指被告人被指控实施犯罪时已满 14 周岁不满 18 周岁的案件。“周岁”，按照公历的年、月、日计算，从周岁生日的第二天起算。未成年人刑事案件诉讼程序，是指专门适用于未成年人刑事案件的侦查、起诉、审判、执行等程序的一种特别刑事诉讼程序。

未成年人刑事案件诉讼程序应当与成年人刑事案件诉讼程序区别开来，这是由未成年人的心理和生理特点所决定的。与成年人相比，未成年人的心理和生理有如下特征：一是生理变化明显。未成年人正值青春发育期，身体各组织、器官发育很快，第二性征也日见明显，新陈代谢加剧，显得精力旺盛。二是心理上进入了由幼稚转向成熟的过渡时期，具有半儿童、半成人的特点。表现为有较强的模仿欲和好奇心，对外界反应敏感。三是独立意识提升，自尊心较强。但由于思

想相对幼稚、不成熟，所以辨别是非的能力较弱，情绪不稳定，容易冲动，也容易受外界不良环境的影响。未成年人生理上、心理上的这些特点，决定了他们易感情冲动，缺乏自控能力，所以犯罪动机一般都比较简单，犯罪行为带有很大的盲目性和随意性。而他们的个性心理尚未成型，故教育改造的有利因素比成年人多，容易挽救。

从世界范围来看，虽然各地对未成年人犯罪案件诉讼程序的规定体例不一，但是鉴于未成年人犯罪有着与成年人犯罪不同的特点，许多国家和地区规定了单独的、专门适用于未成年人刑事案件的诉讼程序。自从1899年美国伊利诺伊州通过了世界上第一个关于处理未成年人违法犯罪的专门立法——《少年法庭法》后，世界各国便相继效仿，为未成年人违法犯罪案件制定专门的制度。有的是在刑事诉讼法典中作出特别的规定，如《俄罗斯联邦刑事诉讼法典》第五十章为“未成年人刑事案件的诉讼”，美国纽约州刑事诉讼法也规定了“少年犯诉讼”，日本最高法院制定的《刑事诉讼规则》第四编即为“少年案件特别程序”。有关国际公约也对未成年人犯罪案件的诉讼程序作了特别的规定，如第44届联合国大会于1989年11月通过的《儿童权利公约》中的有关规定。我国《刑事诉讼法》中并没有专门针对未成年人刑事案件制定单独的专门程序，而仅有个别法律条文作出了特别规定，如《刑事诉讼法》第14条第2款关于讯问和审判未成年人时可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场的规定；第152条第2款关于未成年人犯罪案件不公开审理的规定。但我国的有关司法解释、部门文件对未成年人刑事案件诉讼程序作出了较为详细的规定。有学者指出，现有法律规定的未成年人案件办案程序相对简单，无法突出未成年人刑事案件的特殊性，遂主张加速立法，包括制定专门的未成年人刑事案件诉讼程序。

国际上历来对未成年人司法制度非常重视，历届国际刑法及监狱会议的决议内容为未成年人司法制度提供了各种理论观点。例如，1847年布鲁塞尔会议首次正式提出对少年犯应特设监狱，对他们的处理要做到教养、保护，要实行附条件赦免制，在他们刑期届满以后应令其就业，等等。1859年的巴黎会议将刑事责任年龄提高到18周岁。

联合国自成立以来对未成年人犯罪问题也格外重视。自1955年在日内瓦召开联合国第一届预防犯罪与罪犯待遇大会以来，在每届会议上几乎都要讨论青少年犯罪问题，并通过相应的报告、决议、规则和标准，特别是通过了三个关于未成年人司法制度的专门文件，分别是1985年通过的《联合国少年司法最低限度标准规则》（又称《北京规则》）、1990年通过的《联合国预防少年犯罪规则》（又称《利雅得规则》）和《联合国保护被剥夺自由少年规则》。《北京规则》指出，少年司法的目的是促进少年的福利，并确保对少年犯作出的任何反应均应与罪犯和违法情况相称。《利雅得规则》着重于如何预防和减

少少年犯罪，规定了预防少年犯罪的标准。《联合国保护被剥夺自由少年规则》主张尽可能少地利用剥夺自由的做法，特别是监禁的场所和其他封闭监所。除了上述三个专门针对少年司法制度的文件外，1989 年联合国第 44 届大会还通过了《儿童权利公约》，其中也对相关的少年司法问题作了规定。

二、未成年人刑事案件诉讼程序的法律依据

1.《刑事诉讼法》的规定

《刑事诉讼法》第 14 条第 2 款规定，对于不满 18 岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知犯罪嫌疑人、被告人的法定代理人到场。第 34 条规定，被告人是未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。第 152 条第 2 款规定，14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理，等等。

2.《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》的规定

第十届全国人大常委会于 2006 年 12 月 29 日修订，2007 年 6 月 1 日起施行的《中华人民共和国未成年人保护法》，第九届全国人大常委会 1999 年 6 月 28 日通过、1999 年 11 月 1 日起开始施行的《中华人民共和国预防未成年人犯罪法》都对未成年人刑事案件的处理作了专门规定。如该两部法律都规定，对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。公安、司法机关办理未成年人犯罪案件，应当保障未成年人行使其诉讼权利，保障未成年人得到法律帮助，并根据未成年人的生理、心理特点和犯罪的情况，有针对性地进行法制教育。公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人犯罪的案件，应当照顾未成年人的身心特点，并可以根据需要设立专门机构或者指定专人办理。人民法院审判未成年人犯罪的刑事案件，应当由熟悉未成年人身心特点的审判员或者审判员和人民陪审员依法组成少年法庭进行。对被拘留、逮捕和执行刑罚的未成年人与成年人应当分别关押、分别管理、分别教育，等等。

3. 最高人民法院的司法解释

最高人民法院于 2000 年 11 月 15 日通过了《关于审理未成年人刑事案件的若干规定》(以下简称《高法规定》)，并于 2001 年 4 月 12 日起施行。该司法解释从审判组织的组成、开庭前的准备工作、审判程序、执行环节等方面，对审理未成年人刑事案件作了较为详尽和全面的规定，当前各级人民法院审理未成年人刑事案件主要依照该规定执行。此外，最高人民法院于 2005 年 12 月 12 日通过了《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，并自 2006 年 1 月 23 日起施行。该解释中也有关于未成年人刑事案件的程序性规定。除了关于未成年人刑事案件的专门司法解释外，最高人民法院其他的司法解释中也有相关的规定，比如《高法解释》等。

4. 最高人民检察院的司法解释

最高人民检察院第九届检察委员会第105次会议于2002年3月25日通过了《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》，于2002年4月22日发布施行。这一司法解释从基本原则、审查批准逮捕、审查起诉与出庭支持公诉、刑事诉讼法律监督以及刑事申诉检察等方面，对检察机关办理未成年人刑事案件的诉讼程序作了规定。2006年12月28日，最高人民检察院第十届检察委员会第68次会议通过了新修订的《人民检察院办理未成年人刑事案件的规定》（以下简称《高检规定》)。新修订的《高检规定》为切实保障未成年犯罪嫌疑人、被告人及未成年罪犯的合法权益，充分贯彻了教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则，主要增加并完善了八项制度：案件进展情况告知制度，专门办理制度，慎用逮捕措施，审查起诉中的"亲情会见"制度，正确适用不起诉制度，分案起诉制度，社会调查制度和加强诉讼监督。近年来未成年人刑事案件呈上升趋势，目前已经占到全部刑事案件的10%。根据未成年人身心发展特点及未成年人在国家和社会中的地位与作用，新修订的《高检规定》对于检察机关更好地履行检察职能，处理好未成年人刑事案件，化解社会纠纷，促进社会和谐具有重要意义。

5. 公安部的有关规定

1995年10月23日，公安部颁布《公安机关办理未成年人违法犯罪案件的规定》(本章中以下简称《公安部规定》)，该文件对办理未成年人犯罪案件的立案、调查、侦查、强制措施的适用、处理、执行等问题作了较为详细的规定。

三、未成年人刑事案件诉讼程序的意义

未成年人犯罪与成年人犯罪一样，都造成了社会危害，都应当追究刑事责任。但是未成年人犯罪案件有着与成年人犯罪案件不同的特点，因此，在刑事诉讼活动中适用与成年人刑事案件不同的特别程序有着特别的意义。具体来看，未成年人刑事案件诉讼程序的意义表现为以下几个方面：

1. 有助于教育、挽救违法犯罪的未成年人

未成年人因为在生理上、心理上都处于正在发育成长的时期，自控能力较差，容易冲动，行为不计后果。与成年人相比，未成年人犯罪时的主观恶性都不大，动机相对简单，带有很大程度的盲目性和随意性。因此，未成年人具有较强的可塑性，矫正起来比较容易，更易于接受教育改造。在刑事诉讼中，采用适应未成年人特点的程序，有利于教育、挽救年龄尚小、人生道路漫长的未成年人。

2. 有助于解决未成年人刑事案件增多的社会问题

近年来，未成年人犯罪案件日益增多，已经成为突出的社会问题。解决这个问题涉及许许多多方面的因素，通过特殊的司法程序来处理未成年人案件是一个良好的方式。立法应当充分考虑到未成年人的生理、心理特点，设立更适合未成年人特点的专门诉讼程序，从而有助于在整体上使未成年人违法犯罪日益增多的

社会问题得到缓解。

3. 符合国际上未成年人立法的发展趋势

自 1899 年美国的伊利诺伊州出现第一个少年法庭法和少年法院之后，目前世界上许多国家和地区都制定了专门的少年法规，建立了少年法院。虽然各个国家的情况并不相同，具体的司法制度和诉讼程序也不尽相同，但有关未成年人犯罪的司法制度的基本精神都大体相似，都是专门针对未成年人的特点，立足于对未成年人的教育、挽救和保护。这也是人类法律制度随着人类文明的进步而相应发展的体现。

4. 有利于我国刑事诉讼程序的发展和完善

我国《刑事诉讼法》中个别条文涉及未成年人刑事案件的诉讼程序问题，没有以专门的章节进行规定，也没有单独的立法。司法实践中对未成年人刑事案件的处理主要是依靠公安、检察机关和人民法院的文件与解释，不系统、不统一。因此，加快未成年人刑事案件诉讼程序的立法完善，不仅有助于处理未成年人刑事案件，而且必将促进我国刑事诉讼程序的进一步完善。

第二节　未成年人刑事案件诉讼程序的特有原则

一、教育为主、惩罚为辅的原则

教育为主、惩罚为辅的原则在整个未成年人刑事案件诉讼中起着重要的指导作用，是处理未成年人刑事案件的主导思想，未成年人刑事案件的其他诉讼原则基本上都围绕此原则展开。我国《未成年人保护法》第 54 条、《预防未成年人犯罪法》第 44 条和《高检规定》第 2 条都规定，对违法犯罪的未成年人追究刑事责任，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。这一原则要求，在未成年人刑事诉讼的各个阶段，公安、司法机关都必须坚持教育为主、惩罚为辅，对未成年人不失时机地进行教育、挽救。公安、司法人员应当照顾未成年人的身心特点，尊重其人格尊严，保障其合法权益。教育他们认清自己所犯的错误和罪行及其严重性、危害性，唤醒他们的悔罪意识和忏悔心理，教育他们认罪伏法，接受改造，重新做人。《高检规定》第 6 条即规定，人民检察院办理未成年人刑事案件，应当考虑未成年人的生理和心理特点，根据其平时表现、家庭情况、犯罪原因、悔罪态度等，实施针对性教育。

二、分案处理原则

分案处理原则是进行未成年人刑事诉讼所必须遵循的又一重要原则。分案处理，即在处理未成年人刑事案件时，应当在时间上和地点上都与成年人犯罪的案件分开进行。《高检规定》第 23 条即规定，人民检察院审查未成年人与成年人共

同犯罪案件，一般应当将未成年人与成年人分案起诉。我国《未成年人保护法》第 57 条规定，公安机关、人民检察院、人民法院对羁押、服刑的未成年人，应当与成年人分别关押。分案处理的原因在于未成年人各方面都不成熟，如果与成年人共同关押、审理、服刑，可能不仅使未成年人得不到正确的教育和挽救，还可能受到成年人的不良影响，甚至更严重的“污染”，不利于未成年人的改造。另外，未成年人与成年人关押在一起，还可能使他们受到成年人的伤害，不利于保护未成年人的安全。

三、不公开审理原则

我国《刑事诉讼法》及有关司法解释都规定，14 岁以上不满 16 岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16 岁以上不满 18 岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。对在开庭审理时不满 18 周岁的未成年人刑事案件，如果有必要公开审理的，必须经过本院院长批准，并且应适当限制旁听人数和范围。《未成年人保护法》和《预防未成年人犯罪法》也规定，对未成年人犯罪案件，新闻报道、影视节目、公开出版物不得披露该未成年人的姓名、住所、照片，以及可能推断出该未成年人的资料。未成年人案件不公开审理，有利于保护未成年被告人的名誉、自尊心和人格尊严，防止公开诉讼给他们造成的不必要的心灵创伤和过大的精神压力，有助于他们接受教育和挽救，重新做人。

四、及时原则

及时原则是指在诉讼进行的每个阶段，公安、司法机关和公安、司法人员都应当及时对案件作出处理，不拖拉，不延误。诉讼及时本来是任何诉讼都应当遵循的原则，但鉴于未成年人刑事案件的特殊性，强调未成年人诉讼程序的及时性显得尤为必要。诉讼及时原则要求刑事诉讼的进行不能过快或太慢。诉讼进行得过快，控辩双方就难以充分地收集材料和证据，难以充分地提出主张和举证，案件事实的查明和法律的正确适用就会受到影响；诉讼进行得太慢，容易造成诉讼延误，不仅可能造成证据灭失、毁损等，更可能使当事人的权利受到损害，同时也会造成司法资源的浪费。而且，未成年人犯罪案件大部分是属于初犯、偶犯或者冲动型犯罪，未成年人生理、心理上都还不成熟，诉讼时间过长，特别是羁押时间过长将会给其未来带来长期的影响。因此，对于未成年人刑事案件更应当及时进行。

五、和缓原则

和缓原则要求对未成年人犯罪的案件，一定要注意结合未成年犯罪嫌疑人、被告人的身心特点，尽量不采用激烈、严厉的诉讼方式。比如，尽量不用或者少用强制措施，在传唤、讯问以及审判的时候，应当尽可能通知其法定代理人到场；必要的时候，可以邀请其老师参加等。在讯问时，应注意以教育式、启发式进行

耐心细致的开导，语气尽量温和。在审判时，应当采用少年法庭的形式，注意给法庭创设温情、和缓的气氛。在实践中，有些地方法院采用“圆桌法庭”的形式审理未成年人刑事案件，收到了较好的效果。

第三节　未成年人刑事案件诉讼程序的特点

一、必须查明犯罪嫌疑人、被告人的准确出生日期

对于未成年人刑事案件，不论是立案阶段，还是侦查、起诉及审判阶段，都必须重点查明犯罪嫌疑人、被告人确切的出生时间，因为年龄因素很可能决定着是否应当追究刑事责任。比如《高检规定》第8条明确要求，审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当把是否已满14、16、18周岁的临界年龄，作为重要事实予以查清。对难以判断犯罪嫌疑人实际年龄，影响案件认定的，应当作出不批准逮捕的决定；需要补充侦查的，同时通知公安机关。侦查、审查起诉及审判活动的重要任务之一，也是必须首先关注未成年犯罪嫌疑人、被告人的准确出生日期，并且具体到“日”。这是未成年人刑事案件的特殊性所要求和决定的。如《高法规定》第28条规定，法庭调查时，审判人员应当核实未成年被告人在实施被指控的行为时的年龄。根据《关于审理未成年人刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第4条的规定，对于没有充分证据证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄且确实无法查明的，应当推定其没有达到相应法定刑事责任年龄。相关证据足以证明被告人实施被指控的犯罪时已经达到法定刑事责任年龄，但是无法准确查明被告人具体出生日期的，应当认定其达到相应法定刑事责任年龄。

二、由专门机构或专职人员承办

我国《未成年人保护法》规定，公安机关、人民检察院、人民法院办理未成年人犯罪的案件，应当照顾未成年人的身心特点，并可以根据需要设立专门机构或者指定专人办理。《预防未成年人犯罪法》规定，人民法院审判未成年人犯罪的刑事案件，应当由熟悉未成年人身心特点的审判员或者审判员和人民陪审员依法组成少年法庭进行。有关的司法解释和部门文件对此也有明确规定，比如《公安部规定》第6条要求，公安机关应当设置专门机构或者专职人员承办未成年人违法犯罪案件；办理未成年人违法犯罪案件的人员应当具有心理学、犯罪学、教育学等专业基本知识和有关法律知识，并具有一定的办案经验。这些措施都考虑到未成年犯罪嫌疑人的身心特点，以利于更好地教育、感化、挽救这些未成年人。《高检规定》第5条要求，人民检察院一般应当设立专门工作机构或者专门工作小组办理未成年人刑事案件，不具备条件的应当指定专人办理；未成年人刑事案件一般应当由熟悉未成年人身心发展特点，善于做未成年人思想教育工作的检察人

员承办。《高法规定》第 6 条指出，中级人民法院和基层人民法院可以建立未成年人刑事审判庭；条件尚不具备的地方，应当在刑事审判庭内设立未成年人刑事案件合议庭或者由专人负责办理未成年人刑事案件；高级人民法院可以在刑事审判庭内设立未成年人刑事案件合议庭。最高人民法院和高级人民法院设立少年法庭指导小组，指导少年法庭的工作，总结和推广未成年人刑事审判工作的经验；少年法庭指导小组应当有专人或者设立办公室负责具体指导工作。第 8 条指出，审判未成年人刑事案件合议庭的审判长，应当由熟悉未成年人特点、善于做未成年人思想教育工作的审判员担任，并且应当保持其工作的相对稳定性；审判未成年人刑事案件的人民陪审员，一般由熟悉未成年人特点，热心于教育、挽救失足未成年人工作，并经过必要培训的共青团、妇联、工会、学校的干部、教师或者离退休人员、未成年人保护组织的工作人员等担任。

1899 年，美国伊利诺伊州制定了世界上第一部《少年法庭法》。同年 7 月，伊利诺伊州芝加哥市设立了世界上第一个少年法庭。美国学者认为，从此开始了美国少年司法制度的新时代。受美国影响，英国于 1908 年制定了《儿童法》，并在治安法院内设立了少年法庭。少年法庭通常由 3 名法官组成，并要求最好有一名女性法官。同样也是受美国影响，德国在 1908 年建立了第一个专门处理少年犯罪的法庭，该法庭成为以后少年法庭的雏形。

在我国，上海市长宁区人民法院于 1984 年创建了我国第一个少年法庭，进行未成年人刑事案件的试点探索。1988 年，最高人民法院在上海召开了审理未成年人刑事案件经验交流会，向全国法院推广少年法庭的经验，全国各级法院纷纷建立自己的少年法庭。

三、诉讼工作的全面性和细致性

办理未成年人刑事案件，除了须完成与成年人案件同样的查明案情、收集证据和确认犯罪人等各项工作外，诉讼活动还应当更加全面和细致，必须更注意案件细节问题的调查取证和确认。《公安部规定》第 10 条规定，对违法犯罪未成年人的讯问应当采取不同于成年人的方式；讯问前，除掌握案件情况和证据材料外，还应当了解其生活、学习环境、成长经历、性格特点、心理状态及社会交往等情况，有针对性地制作讯问提纲。《高检规定》第 16 条第 4 款规定，审查起诉未成年犯罪嫌疑人，应当听取其父母或者其他法定代理人、辩护人、未成年被害人及其法定代理人的意见；可以结合社会调查，通过学校、社区、家庭等有关组织和人员，了解未成年犯罪嫌疑人的成长经历、家庭环境、个性特点、社会活动等情况，为办案提供参考。《高检规定》第 18 条规定，移送审查起诉的案件具备以下条件的，检察人员可以安排在押的未成年犯罪嫌疑人与其法定代理人、近亲属等进行会见、通话：（1）案件事实已基本查清，主要证据确实、充分，安排会见、

通话不会影响诉讼活动正常进行；（2）未成年犯罪嫌疑人有认罪、悔罪表现，或者虽尚未认罪、悔罪，但通过会见、通话有可能促使其转化，或者通过会见、通话有利于社会、家庭稳定；（3）未成年犯罪嫌疑人的法定代理人、近亲属对其犯罪原因、社会危害性以及后果有一定的认识，并能配合公安、司法机关进行教育。《高法规定》第 21 条规定，开庭审理前，控辩双方可以分别就未成年被告人性格特点、家庭情况、社会交往、成长经历，以及实施被指控的犯罪前后的表现等情况进行调查，并制作书面材料提交合议庭；必要时，人民法院也可以委托有关社会团体、组织就上述情况进行调查或者自行进行调查。

在制作诉讼文书时，公安、司法人员除了应当在文书上载明案件来源，发案时间、地点，犯罪事实，现有的证据材料，法律依据和处理意见外，还应当着重写明犯罪嫌疑人、被告人的确切出生时间即年、月、日，生活居住环境，心理性格特征，走上犯罪道路的原因等情况。这些内容应当尽量详细、全面。

四、未成年犯罪嫌疑人、被告人享有特别的诉讼权利

我国《刑事诉讼法》第 14 条规定，人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。对于未成年犯罪嫌疑人、被告人来说，除了享有与成年犯罪嫌疑人、被告人相同的诉讼权利外，还享有一些特殊的权利，办案机关应当依法保障未成年犯罪嫌疑人、被告人的这些特殊权利。比如《刑事诉讼法》规定，对于未满 18 周岁的未成年人犯罪的案件，在讯问和审判时，可以通知被告人的法定代理人到场；被告人是未成年人而没有委托辩护人的，人民法院应当为他指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护；14 周岁以上不满 16 周岁未成年人犯罪的案件，一律不公开审理；16 周岁以上不满 18 周岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。《公安部规定》第 5 条规定，办理未成年人违法犯罪案件，应当保护未成年人的名誉，不得公开披露涉案未成年人的姓名、住所和影像。《高检规定》第 4 条第 1 款规定，人民检察院办理未成年人刑事案件，应当依法保护涉案未成年人的名誉，尊重其人格尊严，不得公开或者传播涉案未成年人的姓名、住所、照片、图像及可能推断出该未成年人的资料。《高检规定》第 10、17 条规定，人民检察院审查批准逮捕与审查起诉未成年人犯罪案件，应当讯问未成年犯罪嫌疑人；讯问未成年犯罪嫌疑人，应当通知其法定代理人到场，告知法定代理人依法享有的诉讼权利和应当履行的义务；讯问女性未成年犯罪嫌疑人，应当有女检察人员参加。《高检规定》第 3 条第 2 款特别规定，人民检察院办理未成年人刑事案件，可以应犯罪嫌疑人家属、被害人及其家属的要求，告知其审查批准逮捕、审查起诉的进展情况，并对有关情况予以说明和解释。《高法规定》第 19 条指出，开庭审理前，应当通知未成年被告人的法定代理人出庭。法定代理人无法出庭或者确实不适宜出庭的，应另行通知其他监护人或者其他成年近亲属出庭；经通知，其他监护人或者成年近亲属不到庭的，人民法院应当记录在卷。第 24 条

规定，人民法院应当在辩护台靠近旁听区一侧为未成年被告人的法定代理人设置席位。

五、严格限制强制措施的适用

在刑事诉讼中，对未成年犯罪嫌疑人应当慎重适用强制措施，尽量不用或少用。对于可捕可不捕的，一般不要逮捕。《公安部规定》第 15 条指出，办理未成年人违法犯罪案件，应当严格限制和尽量减少使用强制措施。《高检规定》中除明确规定审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当把是否已满 14、16、18 周岁的临界年龄，作为重要事实予以查清，对难以判断实际年龄、影响案件认定的，应当作出不批准逮捕的决定外，第 12 条还要求，人民检察院审查批准逮捕未成年犯罪嫌疑人，应当根据未成年犯罪嫌疑人涉嫌犯罪的事实、主观恶性、有无监护与社会帮教条件等，综合衡量其社会危险性，确定是否有逮捕必要，慎用逮捕措施，可捕可不捕的不捕。第 13 条则明确规定，对于罪行较轻，具备有效监护条件或者社会帮教措施，没有社会危险性或者社会危险性较小，不会妨害诉讼正常进行的未成年犯罪嫌疑人，一般不予批准逮捕；对于罪行比较严重，但主观恶性不大，有悔罪表现，具备有效监护条件或者社会帮教措施，不具有社会危险性，不会妨害诉讼正常进行，并具有下列情形之一的未成年犯罪嫌疑人，也可以依法不予批准逮捕：(1) 初次犯罪、过失犯罪的；(2) 犯罪预备、中止、未遂的；(3) 有自首或者立功表现的；(4) 犯罪后能够如实交代罪行，认识自己行为的危害性、违法性，积极退赃，尽力减少和赔偿损失，得到被害人谅解的；(5) 不是共同犯罪的主犯或者集团犯罪中的首要分子的；(6) 属于已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人或者系在校学生的；(7) 其他没有逮捕必要的情形。

六、区别对待的起诉政策

为充分体现宽严相济、区别对待的刑事政策，《高检规定》将“可诉可不诉的不诉”这一原则进一步具体化。《高检规定》第 20 条规定，对于犯罪情节轻微，并具有下列情形之一，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人，一般应当依法作出不起诉决定：(1) 被胁迫参与犯罪的；(2) 犯罪预备、中止的；(3) 在共同犯罪中起次要或者辅助作用的；(4) 是又聋又哑的人或者盲人的；(5) 因防卫过当或者紧急避险过当构成犯罪的；(6) 有自首或者重大立功表现的；(7) 其他依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚的情形。这一规定细化了法律的相关规定，有利于及时、妥善处理未成年人案件，最大限度地教育、挽救未成年犯罪嫌疑人。

七、相对和缓的办案方式

在未成年人刑事案件中，除了要严格限制强制措施的适用外，还应当使用相

对和缓的侦查方式。比如，原则上不得对未成年人使用戒具；对于确有行凶、逃跑、自杀、自残等现实危险而必须使用的，应当掌握必要的限度。《公安部规定》第 22 条规定，办理未成年人犯罪案件原则上不得使用戒具。对确有行凶、逃跑、自杀、自伤、自残等现实危险，必须使用戒具的，应当以避免和防止危害结果的发生为限度，现实危险消除后，应当立即停止使用。《高检规定》第 11 条指出，讯问未成年犯罪嫌疑人一般不得使用戒具。对于确有人身危险性，必须使用戒具的，在现实危险消除后，应当立即停止使用。《高法规定》则要求，在法庭上不得对未成年被告人使用戒具；未成年被告人在法庭上可以坐着接受法庭调查、讯问，在回答审判人员的提问、宣判时应当起立。

另外，公安、司法人员在讯问未成年犯罪嫌疑人时，可以选择其较为熟悉的场所，通知其法定代理人到场；办案人员还要注意讯问的语气和方式。根据《公安部规定》第 13 条，讯问违法犯罪的未成年人时，应当耐心细致地听取其陈述或者辩解，认真审核、查证与案件有关的证据和线索，并针对其思想顾虑、畏惧心理、抵触情绪进行疏导和教育。《高检规定》第 29 条规定，公诉人出席未成年人刑事审判法庭，应当遵守公诉人出庭行为规范要求，发言时应当语调温和，并注意用语文明、准确，通俗易懂。《高法规定》明确指出，开庭审理前，审判未成年人刑事案件的审判长认为有必要的，可以安排法定代理人或者其他成年近亲属、教师等人员与未成年被告人会见；法庭审理时，审判人员应当注意未成年被告人的智力发育程度和心理状态，要态度严肃、和蔼，用语准确、通俗易懂；发现有对未成年被告人诱供、训斥、讽刺或者威胁的情形时，应当及时制止；休庭时，可以允许法定代理人或者其他成年近亲属、教师等人员会见被告人。总之，要时刻贯彻教育、感化、挽救的方针。

【问题与思考】

1. 未成年人刑事案件诉讼程序的法律依据有哪些？
2. 未成年人刑事案件诉讼程序的意义何在？
3. 未成年人刑事案件诉讼程序应当遵循哪些特有的原则？
4. 未成年人刑事案件诉讼程序有哪些特点？
5. 案例讨论：

（1）对于犯罪情节轻微，且具有规定情形，依照《刑法》不需要判处刑罚或者免除刑罚的未成年犯罪嫌疑人，一般应当依法作出不起诉决定。下列哪些情形适用该规定？（2008 年司法考试真题）

A. 被胁迫参与犯罪的

B. 是又聋又哑的人的
C. 因紧急避险过当构成犯罪的
D. 有自首或者重大立功表现的

(2) 2004年1月20日凌晨零时许，在银川市某中学上高三的甲、乙、丙、丁等四人在某网吧碰面，甲提出“弄点钱”上网，其余三人均表示同意。于是，该四人来到兴庆区丽景街交警二大队附近，将路过此处的郭某从自行车上拉下，对其一顿拳打脚踢，抢得现金5万元后逃离现场。据查，四人中甲、乙均17岁，丙于2004年1月19日度过了18岁生日，丁则于2004年1月22日度过了其18岁生日。

问题：下列做法是否违反了法律?

1）公安机关于2004年1月24日分别逮捕了甲、乙、丙、丁后，将四人共同关押在某看守所的某室；

2）在人民检察院提起公诉后，法院组成了未成年刑事案件合议庭对案件进行了审理，合议庭均为男法官；

3）甲、乙、丁均委托了律师作为辩护人，唯独丙没有委托辩护人，法院也没有为其指定辩护人；

4）在法院开庭审理过程中，甲、乙、丙、丁均未戴手铐，其中甲、乙、丁还被法院允许坐着回答问题；

5）法院认为四被告人的行为构成抢劫罪，分别判处甲有期徒刑3年、缓刑3年，并处罚金4 000元；乙、丙、丁均被判处有期徒刑2年、缓刑3年，并处罚金4 000元。后来法院在该市体育馆里宣告了判决。据新闻报道，当时在场观看的群众约两千人。

第二十四章 涉外刑事诉讼程序与司法协助制度

第一节 涉外刑事诉讼程序概述
一、涉外刑事诉讼程序的概念
二、涉外刑事诉讼程序所适用的案件范围
三、涉外刑事诉讼所适用的法律

第二节 涉外刑事诉讼的特有原则
一、涉外刑事诉讼原则与刑事诉讼基本原则的关系
二、适用中国刑事法律和信守国际条约相结合的原则
三、外国籍犯罪嫌疑人、被告人享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务的原则
四、使用中国通用的语言文字进行诉讼的原则
五、外国籍当事人委托中国律师辩护或代理的原则

第三节 刑事司法协助
一、刑事司法协助的概念和意义
二、刑事司法协助的法律依据
三、刑事司法协助的主体

本章概要

随着当今世界各国在政治、经济、文化领域中交往的频繁，国际性、涉外性质的刑事犯罪呈现出明显的上升趋势。为了既提高打击这类犯罪的效率，又维护被追诉者的权利，联合国制定了一系列有关刑事司法协助方面的国际条约。涉外刑事诉讼程序具有普通诉讼程序的一般特性，同时也应该遵循一些特有的基本原则及程序性规定。

关键术语

涉外刑事诉讼　信守国际条约　委托中国律师辩护或代理原则

第一节　涉外刑事诉讼程序概述

一、涉外刑事诉讼程序的概念

涉外刑事诉讼程序，是指诉讼活动涉及外国人（包括无国籍人，下同）或需要在国（境）外进行的刑事诉讼所特有的方式、方法和步骤。简言之，涉外刑事诉讼程序就是涉外刑事诉讼所特有的方式、方法和步骤。

涉外刑事诉讼与涉外案件的刑事诉讼（又称涉外刑事案件的诉讼）不同。根据《高法解释》的规定，涉外案件是指以下三类案件：（1）在中华人民共和国领域内，外国人犯罪的或者中国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件；（2）在中华人民共和国领域外，符合我国《刑法》第8条、第10条规定情形的，中国公民犯罪或者外国人对中华人民共和国国家和公民犯罪的案件。（3）符合《刑法》第9条规定的情形，中华人民共和国在所承担国际条约义务范围内行使管辖权的案件。涉外案件的刑事诉讼，是指中国司法机关处理涉外刑事案件的方式、方法和步骤。涉外刑事诉讼是指刑事诉讼活动涉及外国人或者某些诉讼活动需要在国（境）外进行这两种情况。涉外刑事诉讼包括涉外案件的刑事诉讼，但又不仅仅指涉外案件的刑事诉讼。在司法实践中，有些案件不是涉外案件，但案发时或案发后的一些特殊情况，使得这些案件的诉讼活动涉及外国人或者需要在国（境）外进行，例如：目击案件发生的证人是外国人，或虽是中国人，但诉讼时已身在国外；案件发生后，犯罪嫌疑人、被告人潜逃国外等。随着中国对外开放的深入，这类案件数量会逐年增多。这些案件在诉讼时所采取的方式、方法和步骤不同于其他非涉外案件，可能要请求外国司法机关协助调查，或者需要向外国申请引渡犯罪分子等。从这方面讲，这些案件的刑事诉讼与涉外案件的刑事诉讼有共同的地方，故应一并予以研究。把涉外刑事诉讼程序等同于涉外刑事案件的诉讼程序是不全面的。

涉外刑事诉讼在程序上有涉外因素，因而在处理案件时需要采取特殊的方式、方法和步骤。例如，在调查取证，羁押犯罪嫌疑人、被告人，送达等方面，都要采取非涉外刑事诉讼所没有的方式、方法和步骤。

二、涉外刑事诉讼程序所适用的案件范围

由于涉外刑事诉讼是诉讼活动涉及外国人或者某些诉讼活动需要在国（境）外进行的刑事诉讼，所以只有以下几种案件才可能适用涉外刑事诉讼程序。

1. 中国公民在中华人民共和国领域内对外国公民、无国籍人及外国法人犯罪的案件。

在这种案件中，外国公民、无国籍人或者外国法人是被害人，诉讼活动涉及外国人，故应适用涉外刑事诉讼程序。

2. 外国公民、无国籍人或外国法人在中华人民共和国领域内对中国国家、组织或者公民实施犯罪的案件。这种案件的犯罪嫌疑人、被告人是外国公民或法人，诉讼活动涉及外国人，也应适用涉外刑事诉讼程序。

3. 外国公民、无国籍人或者外国法人在中华人民共和国领域内侵犯外国公民、无国籍人或者外国法人的合法权利，触犯中国刑法，构成犯罪的案件。这种案件中，犯罪行为没有危害中国国家、组织和公民的利益，但犯罪地点在中国境内，中国司法机关具有管辖权。这种案件的被害人、犯罪嫌疑人、被告人都是外国人，其侵害行为也可能是多种多样的，但只有那些根据中国刑法的规定构成犯罪的行为，才适用涉外刑事诉讼程序予以追究。

4. 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的，中国有义务管辖的国际犯罪行为。改革开放以来，中国缔结和参加了不少国际条约，例如：1980 年 10 月加入了《关于制止非法劫持航空器的公约》（即《海牙公约》）和《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》（即《蒙特利尔公约》），1982 年 12 月签署了《联合国海洋公约》，1989 年 10 月批准加入了《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》等，这些条约规定了一些国际犯罪行为。根据这些条约和中国国内法的有关规定，凡中国有义务管辖的国际犯罪案件，均适用我国涉外刑事诉讼程序。

5. 外国公民、无国籍人、外国法人在中华人民共和国领域外对中国国家或公民实施的，按照中国刑法的规定最低刑为 3 年以上有期徒刑的犯罪案件，但按照犯罪地法律不受处罚的除外。这类案件的犯罪嫌疑人、被告人是外国人，犯罪地也不在中国境内，但因为犯罪行为是针对中国国家或公民实施的，按照保护管辖原则，我国有权依照涉外刑事诉讼程序追究其刑事责任。

6. 某些刑事诉讼活动需要在国（境）外进行的非涉外刑事案件。包括：中国《刑法》第 7 条、第 8 条规定的中国公民在中国领域之外犯罪的案件；中国公民在中国领域内犯罪，犯罪后潜逃出境的案件；犯罪嫌疑人、被告人、被害人均为中国公民，但证人是外国人且诉讼时已出境的案件。在上述案件的诉讼过程中，某

些诉讼活动如查缉犯罪嫌疑人、被告人或者收集证据等活动需要在国（境）外进行，而中国的司法机关又不能直接到国（境）外去行使职权，故需要按照国际条约的规定或者互惠原则等，请求外国司法机关予以协助。“请求外国司法机关予以协助”就是涉外刑事诉讼程序的组成部分。

7. 外国司法机关管辖的，根据国际条约或者互惠原则，外国司法机关请求中国司法机关为其提供刑事司法协助的案件。承办这类案件的主体是外国司法机关，中国的司法机关只是在为其查缉罪犯或调查取证方面给予协助。提供协助的方式、步骤也要按照涉外刑事诉讼程序进行。

三、涉外刑事诉讼所适用的法律

涉外刑事诉讼是中国刑事诉讼活动的一个组成部分，因而它所适用的实体法和程序法都应是中国的法律，以及中国参加或者缔结的国际条约或国际公约，不存在适用外国实体法和程序法的问题。即使中国司法机关接受外国司法机关的请求，协助它们调查取证、查缉罪犯，也应按照中国刑事诉讼法规定的方式、步骤进行。

中国关于涉外刑事诉讼的法律规定是极不完备的。中国 1979 年颁布、1997 年修订并实施的《刑法》和 1979 年颁布、1996 年修订的《刑事诉讼法》只有 7 个条文涉及涉外刑事诉讼问题，这 7 个条文是：《刑法》第 7 条至第 10 条，《刑事诉讼法》第 16 条、第 17 条和第 20 条。这些条文只是关于涉外刑事诉讼的原则性规定，并未明确规定涉外刑事诉讼的具体方式、方法和步骤。这种状况与中国不断深入进行的改革开放形势和涉外刑事诉讼日益增多的实际情况极不适应，国家很有必要加强涉外刑事诉讼方面的立法工作。

在司法实践中，中国司法机关进行涉外刑事诉讼，主要依照最高人民法院、最高人民检察院颁布的司法解释，以及公安部、国家安全部和司法部颁发的部门行政规章。这些司法解释和部门行政规章目前有二十多种，其中除外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》(1995 年)，以及《高法解释》、《检察院规则》以及《公安部规定》等少数文件系统规定了涉外刑事案件程序外，其他均是对个别问题的规定，既不系统，也不全面，给我们进行涉外刑事诉讼和学习涉外刑事诉讼程序带来了困难。在本章的下面各节中，将根据现有法律规定、司法解释及有关政策性规定，对涉外刑事诉讼的各方面问题进行探讨性阐述。

第二节　涉外刑事诉讼的特有原则

一、涉外刑事诉讼原则与刑事诉讼基本原则的关系

涉外刑事诉讼的特有原则，是指司法机关及诉讼参与人进行涉外刑事诉讼时

所应遵守的行为准则。本节所称的“刑事诉讼基本原则”，是指我国《刑事诉讼法》第一编第一章规定的，适用于各种刑事诉讼的基本行为准则。

我国目前尚没有系统的涉外刑事诉讼立法，现行刑事诉讼法对涉外刑事诉讼的规定又不很完善，所以至今并没有法定的涉外刑事诉讼原则。但是，作为一种与国内刑事诉讼不完全相同的涉外刑事诉讼，它本身应当具有一些不同于国内刑事诉讼的原则。根据有关规定及司法实践经验，我们认为，涉外刑事诉讼具有以下原则：(1）适用中国刑事法律和信守国际条约相结合原则；(2）外国籍犯罪嫌疑人、被告人依法享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务原则；(3）适用中国通用的语言文字进行诉讼的原则；(4）外国籍当事人委托中国律师辩护和代理的原则。

司法机关和诉讼参与人进行刑事诉讼，当然应当遵守刑事诉讼的基本原则，在这个前提下，还必须遵守涉外刑事诉讼的特有原则。刑事诉讼基本原则与涉外刑事诉讼特有原则的关系是一般与特殊的关系。涉外刑事诉讼的特有原则中，有的是对刑事诉讼基本原则的补充，如“适用中国刑事法律与信守国际条约相结合的原则”、“外国籍当事人委托中国律师辩护和代理的原则”，这些原则弥补了刑事诉讼基本原则在涉外刑事诉讼方面的不足；有的是对刑事诉讼某项基本原则的具体化，如“外国籍被告人依法享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务原则”，就是“保障诉讼参与人享有诉讼权利”这一基本原则的具体化。

二、适用中国刑事法律和信守国际条约相结合的原则

适用中国刑事法律和信守国际条约相结合原则的含义是：司法机关及诉讼参与人在进行涉外刑事诉讼时，除了要遵守中国刑法和刑事诉讼法外，还应当遵守中国缔结或者参加的国际条约中有关刑事诉讼程序的具体规定，除非中国对该条款有保留。如果中国的刑事法律与中国缔结或者参加的国际条约有冲突，则应当适用国际条约的有关规定。

涉外刑事诉讼适用中国刑事法律，是中国《刑法》和《刑事诉讼法》明确规定的。中国《刑法》第6条至第10条规定，在中华人民共和国领域内犯罪及在中华人民共和国领域外犯罪，需要依照中国刑法追究刑事责任的，都适用中国《刑法》对其定罪量刑。中国《刑事诉讼法》第16条规定，对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，除非该外国人享有外交特权或者豁免权，均适用中国《刑事诉讼法》的规定。涉外刑事诉讼适用中国法律，是中国独立行使刑事司法管辖权的标志，也是国际公认的国家主权原则的基本要求。因此，我国司法机关不论是立案、侦查、起诉、审判涉外案件，还是协助外国司法机关调查取证、查获犯罪人，都必须适用中国法律，绝不允许任何外国国家、组织或者公民以任何形式进行干涉。

国际条约是主权国家之间订立的多边或双边协议。中国对于自己参加或者缔结的国际条约，历来是认真信守的。中国刑事诉讼法虽然没有明确规定司法机关

及诉讼参与人在涉外刑事诉讼中，在遵守中国刑事法律的同时遵守中国参加或缔结的国际条约，但是，司法机关在刑事诉讼实践中一贯坚持了这一原则。外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部在 1995 年 6 月 20 日发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》中指出，“处理涉外案件，必须维护我国主权和利益，维护我国国家、法人、公民及外国国家、法人、公民在华合法权益，严格依照我国的法律、法规……”“在对等互惠原则的基础上，严格履行我国所承担的国际条约义务。当国内法或者我内部规定同我国所承担的国际条约义务发生冲突时，应当适用国际条约的有关规定（我国声明保留的条款除外）。”《高法解释》第 317 条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定。但是，我国声明保留的条款除外。”

司法机关及诉讼参与人在遵守这一原则时必须注意以下几个问题：（1）中国刑事法律条文和中国缔结或者参加的国际条约中有关刑事诉讼的条款，都是中国的法律规定，不能以国内法规定为由拒绝遵守有关国际条约中的刑事诉讼条款。（2）中国声明保留的国际条约条款不适用于涉外刑事诉讼程序，司法机关及诉讼参与人均无遵守的义务。

三、外国籍犯罪嫌疑人、被告人享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务的原则

外国籍犯罪嫌疑人、被告人享有中国法律规定的诉讼权利并承担诉讼义务原则的含义是：具有外国国籍的犯罪嫌疑人、被告人（包括无国籍人及外国籍法人）在涉外刑事诉讼中，依照中国刑事诉讼法和其他法律的有关规定，享有诉讼权利，承担诉讼义务，他既不能享有本国法规定的诉讼权利，也不必承担本国法所规定的诉讼义务。

中国刑事诉讼法虽然没有明确规定这项原则，但根据中国《刑事诉讼法》第 16 条的规定，中国的立法是认可这项原则的。在司法实践中，外国籍犯罪嫌疑人、被告人一直是依照中国法律的规定享受诉讼权利，承担诉讼义务。最高人民法院已经认可这项原则，在其发布的《高法解释》第 316 条明确规定：“外国籍被告人在刑事诉讼中，享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务。”外国籍犯罪嫌疑人、被告人是否享有中国法律所规定的所有诉讼权利，中国刑事诉讼法没有规定，目前也没有有关的司法解释。我们认为，按照国际对等原则，如果某一国家对中国籍犯罪嫌疑人、被告人在其国内的刑事诉讼权利加以限制，则中国也应相应限制具有该国国籍的犯罪嫌疑人、被告人在中国刑事诉讼中的诉讼权利。除此之外，外国籍犯罪嫌疑人、被告人应该享有中国刑事诉讼法所规定的所有诉讼权利。司法实践中，司法机关既不能迁就外国籍犯罪嫌疑人、被告人，也不应对其加以歧视，应当依法保障他们行使诉讼权利，强制他们履行刑事诉讼义务。

四、使用中国通用的语言文字进行诉讼的原则

使用本国通用的语言文字进行涉外刑事诉讼，是国家司法主权独立和尊严的象征，是各国涉外刑事诉讼立法普遍采用的一个原则。司法实践中，公、检、法三机关在进行涉外刑事诉讼时，均应坚持这一原则。

最高人民法院发布的《高法解释》第319条和《公安部规定》第324条，对办理涉外刑事案件时如何适用这项原则作了明确规定。根据这些规定的内容及司法实践经验，使用中国通用的语言文字进行诉讼原则包括以下内容：（1）司法机关在进行涉外刑事诉讼时，使用中国通用的语言进行预审、法庭审判和调查、讯问。（2）司法机关在涉外刑事诉讼中制作的诉讼文书为中文本。（3）司法机关在涉外刑事诉讼中应当为外国籍犯罪嫌疑人、被告人提供翻译。如果外国籍犯罪嫌疑人、被告人通晓中国语言文字，拒绝为其提供翻译的，应当由本人出具书面声明，或者将他的口头声明记录在卷。（4）为便于诉讼的顺利进行，司法机关在送达外国籍犯罪嫌疑人、被告人及其他当事人中文本诉讼文书时，应当附有犯罪嫌疑人、被告人通晓的外文译本，但外文译本不加盖司法机关印章，送达的文书的内容以中文本为准。

公安、司法机关在遵守这项原则时，要注意以下两个问题：（1）不能以使用中国通用的语言文字进行诉讼为理由，强迫外国籍当事人尤其是懂中国通用的语言文字的外国籍当事人使用中国通用的语言文字来回答公安、司法人员的审（讯）问、询问和书写诉讼文书、发表辩护意见等；应当允许他们使用国籍国通用的或他们通晓的语言文字。（2）不能在使用中国通用的语言文字方面无原则地迁就外国籍犯罪嫌疑人、被告人，如果外国籍当事人以不懂中国通用的语言文字为由拒收诉讼文书，送达人应当在有见证人在场的情况下，把文件留在他的住处或者羁押场所，并记录在卷。该诉讼文书即认为已经送达。

五、外国籍当事人委托中国律师辩护或代理的原则

根据中国刑事诉讼法的规定，犯罪嫌疑人、被告人和其他当事人可以委托律师担任其辩护人或诉讼代理人。律师担任辩护人或诉讼代理人，有利于充分保护刑事案件当事人的合法权益。律师制度是国家司法制度的重要组成部分，一国的司法制度只能在本国领域内适用，不能延伸至他国，这是公认的原则。主权国家一般都禁止外国律师在本国法院以律师名义从事诉讼业务。中国历来不允许外国律师在中国法院以律师名义执行职务，一贯坚持外国籍当事人如欲委托律师必须委托中国律师辩护或代理的原则。中华人民共和国全国人民代表大会常务委员会于1956年4月25日颁布的《关于处理在押日本侵略中国战争中战争犯罪分子的决定》明确指出："被告人可以自行辩护，或者聘请中华人民共和国司法机关登记的律师为他辩护。"1981年10月20日，司法部、外交部、外国专家局发布的《关

于外国律师不得在我国开业的联合通知》中指出："外国律师……不得以律师名义在我国代理诉讼和出庭……"1998年9月2日最高人民法院发布的《高法解释》第320条规定：外国籍被告人委托律师辩护的，以及附带民事诉讼的原告人、自诉人委托律师代理诉讼的，应当委托具有中华人民共和国律师资格并依法取得执业证书的律师。

根据上述规定及司法实践，外国籍当事人委托中国律师辩护或代理原则的含义是：外国籍当事人如欲委托律师辩护或代理，必须委托在中国注册的律师，不允许委托外国律师。外国律师接受委托担任辩护人或诉讼代理人参加诉讼的，不得以律师的名义或身份出庭，不享有中国法律赋予律师的权利，人民法院只将其视为一般的辩护人或诉讼代理人；人民法院为没有委托辩护人的外国籍被告人指定辩护人时，应当指定中国律师。

在司法实践中，为了保证外国籍当事人委托中国律师辩护或代理合法、有效，最高人民法院《高法解释》中规定：在中华人民共和国领域外居住的外国人寄给中国律师的授权委托书，必须经所在国公证机关证明、所在国外交部或者其授权机关认证，并经中国驻该国使领馆认证，才具有法律效力。但中国与该国之间有互免认证协定的除外。

在涉外刑事诉讼中贯彻执行这一原则，有助于维护国家主权，捍卫中国司法制度尤其是律师制度的独立和尊严。

第三节　刑事司法协助

一、刑事司法协助的概念和意义

刑事司法协助是指一国的法院或者其他的司法机关，根据另一国的法院或者其他司法机关的请求，代为或者协助实行与刑事诉讼有关的司法行为。刑事司法协助是司法协助的一种。司法协助除了刑事司法协助外，还有民事司法协助。

国际社会对刑事司法协助有狭义和广义的两种理解。狭义的刑事司法协助是指与审判有关的刑事司法协助，它包括代为送达刑事司法文书；代为收集证据，包括询问证人和鉴定人、搜查、扣押等；有关物品的移交以及提供有关犯罪的法律资料等。广义的刑事司法协助除了狭义的刑事司法协助外，还包括引渡等内容。所谓引渡，是指一国把在其境内而被他国指控为犯罪或已被定罪判刑的人，根据有管辖权的国家的请求，在条约或互惠的基础上，移交给请求国，以便追究其刑事责任或执行刑罚的一项制度。一个国家的司法机关捕获在国外的被告人、犯罪嫌疑人的主要方法就是向外国提出引渡请求。国际社会之所以对刑事司法协助有两种理解，是因为不同的国家对司法的理解是不同的。英美法系国家认为司法就是审判，因此，刑事司法协助当然是与审判有关的刑事诉讼行为的协助。引渡所

包含的内容不是与审判有关的刑事诉讼行为，而实践中的引渡也不是在不同国家的法院之间进行的协助，因此，在英美法系国家间以及英美法系国家与其他国家间签订的刑事司法协助多数是狭义的刑事司法协助。

我国对司法的理解是广义的，司法不仅包括审判，而且包括对案件的侦查、审查起诉甚至判决的执行。因此，在理论上，我国学者主张的刑事司法协助也是广义的。“刑事司法协助包括各国为最终实现对罪犯的制裁而开展的各种类型的国际刑事合作。”[①]

刑事司法协助是国家间交往频繁、人员流动增多、跨国犯罪不断出现的产物。国家间开展刑事司法协助，有以下几点意义：第一，有利于有效地打击犯罪。人类社会的进步，交通和通信事业突飞猛进的发展，为人类社会的交往带来了便利，也为一些不法之徒实行跨国犯罪或犯罪后潜逃国外开了方便之门。按照国际法准则，每一个国家不论大小，都拥有主权，一个国家的司法机关不能进入他国逮捕犯罪嫌疑人或者进行搜查、扣押等刑事诉讼行为。为了不使潜逃国外的犯罪嫌疑人逃避法律的制裁，国家间开展刑事司法协助就有了必要。因此，刑事司法协助是有效打击有涉外因素犯罪的重要手段。第二，有利于尊重他国的司法主权。刑事司法协助的实质是两个有司法主权的国家的司法机关在打击刑事犯罪方面互相配合。刑事司法协助活动的依据是双方共同参加的国际公约、双方签订的司法协助条约或者互惠原则。开展刑事司法协助，需要两个主权国家的司法机关在互相尊重他国司法主权的前提下进行。如果不尊重他国的司法主权，刑事司法协助就不能进行。

二、刑事司法协助的法律依据

国家间开展刑事司法协助的法律依据，大体上有四种：第一，国家间共同参加的国际公约，如 1959 年欧洲一些国家签订的《欧洲刑事司法协助公约》。第二，国家间签订的刑事司法协助条约，如 1987 年我国与波兰人民共和国签订的《关于民事和刑事司法协助的协定》。第三，国家间临时达成的关于刑事司法协助的互惠协议，如 1990 年 2 月我国向日本国提出引渡劫机到日本的犯罪分子张振海，因两个国家间没有刑事司法协助协定，我国在提出引渡的同时，承诺在今后类似案件中，将向日方提供类似的协助。这就是一项两个国家达成的关于刑事司法协助的互惠协议。第四，国内的法律规定。如《中华人民共和国刑事诉讼法》第 17 条规定：“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。”

在我国，司法机关对外提供刑事司法协助或者请求外国司法机关提供刑事司

① 费宗祎等主编：《中国司法协助的理论与实践》，158 页，北京，人民法院出版社，1992。

法协助，除了遵守上述中华人民共和国缔结或者参加的国际条约及中国《刑事诉讼法》第 17 条的规定外，还需要遵守有关的司法解释、行政法规。《高法解释》第十八部分“涉外刑事案件审理程序”、《检察院规则》第十一章“刑事司法协助”、《公安部规定》第十三章“刑事司法协助和警务合作”，都是有关司法机关进行刑事司法协助时应当遵守的规定。

三、刑事司法协助的主体

刑事司法协助的主体，是指请求提供刑事司法协助和接受请求提供刑事司法协助的司法机关，它包括请求国的司法机关和接受请求国的司法机关。在主张刑事司法协助狭义说的国家，刑事司法协助的主体一般仅指法院；在主张刑事司法协助广义说的国家，刑事司法协助的主体，除了法院外，还有检察机关、政府的法务部门。我国主张刑事司法协助广义说，因此，我国的司法行政机关、检察机关和人民法院都是刑事司法协助的主体。

【问题与思考】

1. 涉外刑事诉讼程序有什么特点？
2. 涉外刑事诉讼有什么特殊的原则？
3. 为什么国际上对刑事司法协助有广义的和狭义的两种理解？
4. 案例讨论：

[案例一] Jessie（中文名：杰西），男，1972 年 3 月 12 日生，美国籍，海南省某外资企业职员。1999 年 3 月 12 日晚 8 时，杰西和几位朋友在红树林酒吧聚会庆祝生日，期间与林某等人发生口角，杰西用餐桌上的金属叉子猛刺林某的脸部和胸部，致使林某的左眼失明。

案件发生后，杰西以自己是外国人，在外资企业工作，享有刑事豁免权为由，要求通过外交途径解决，把案件移交美国的司法机关。公安机关经过调查，确认杰西不享有刑事豁免权，仍然按照中国的刑事法律立案侦查。

问题：

（1）中国的司法机关可否管辖这个案件？

（2）本案诉讼中除了适用中国的法律外，能不能适用外国的法律？

（3）本案的诉讼会有什么特殊的地方？

[案例二] 犯罪嫌疑人查某，男，1966 年 3 月 11 日出生，缅甸籍；犯罪嫌疑人张某，男，1974 年 2 月 3 日出生，傣族，云南省人；犯罪嫌疑人陈某，男，汉

族，1978年4月3日出生，云南省人。2004年3月，查某以观光旅游为名来到云南，结识了张某和陈某，三人成为好友。2005年6月，查某告诉张、陈二人，他有途径搞到大麻、海洛因等毒品，可以以很便宜的价格卖给他们。张、陈二人表示同意。2005年8月，查某约张、陈二人到中缅边境某市交易，张、陈二人从查某手中买得海洛因1 700克。同年12月，查某带着毒品来到云南，准备与张、陈二人交易时，被我公安机关抓获，缴获海洛因2 300克。张某得到消息后，使用假护照逃到泰国。

问题：

（1）公安机关可以通过什么途径把张某抓获归案？

（2）本案可能和哪些国家发生刑事司法协助？涉及哪些刑事司法协助措施？

附录

“刑事诉讼法”课程的主要内容和学习方法

一、“刑事诉讼法”课程的主要内容

刑事诉讼法，是指国家制定或者认可的，调整刑事诉讼活动的法律规范的总称。我国刑事诉讼法主要调整的对象是，公安机关、检察机关和自诉人为揭露、证明犯罪而实施的指控活动，被指控者即犯罪嫌疑人、被告人实施的防御与辩护活动，法院进行的审查裁判活动，以及其他当事人、诉讼参与人参加刑事诉讼的活动，还包括有权机关执行生效裁判的活动。它的主要内容包括，刑事诉讼的基本原则与制度，公安机关、检察机关、法院的职权与相互关系，当事人及其他诉讼参与人的权利、义务，以及如何进行刑事诉讼的具体程序等。

“刑事诉讼法”是一门法学专业课。这门课程的主要内容包括，刑事诉讼基本理论、刑事诉讼基本原则、刑事诉讼制度、刑事诉讼程序等。刑事诉讼立法以及司法实践需要刑事诉讼基本理论的指导，而且随着社会的发展，对刑事诉讼法律进行改革，也需要理论的不断创新，因此，刑事诉讼基本理论是这门课程的重要内容。就刑事诉讼基本理论而言，包括丰富的内容，例如刑事诉讼价值、刑事诉讼目的、刑事诉讼构造、刑事诉讼职能、刑事诉讼主体、刑事诉讼客体、刑事诉讼文化等基本范畴。刑事诉讼基本理论是刑事诉讼法学理论的基石，正是刑事诉讼基本理论支撑起刑事诉讼法学体系的大厦。学习刑事诉讼基本理论是学好“刑事诉讼法”这门课的前提。刑事诉讼基本原则，是贯穿刑事诉讼全过程或主要诉讼阶段，指导刑事诉讼立法和司法实

践的具体准则。我国刑事诉讼法规定了一系列基本原则，当然，这些基本原则与现代国际通行的刑事诉讼基本原则有所差异。刑事诉讼制度，包括管辖制度、回避制度、辩护与代理、强制措施、证据制度、附带民事诉讼、期间与送达等。刑事诉讼程序，包括立案程序、侦查程序、起诉程序、审判程序、执行程序，审判程序又包括第一审程序、第二审程序、死刑复核程序、审判监督程序，此外，还有涉外刑事诉讼程序、未成年人刑事诉讼程序等。在学习我国现行刑事诉讼法规定的基本原则、制度和程序的同时，也要学习关于这些原则、制度和程序的理论。此外，还要了解发达国家刑事诉讼法的规定以及国际刑事司法准则的相关内容。

二、如何学习“刑事诉讼法”这门课程?

要想学好“刑事诉讼法”这门课程，应当注意以下几点：

第一，要做好课前预习这项准备工作。“凡事预则立，不预则废。”对于学习而言，同样如此。如果听课前，对老师将要讲的内容一无所知，毫无准备，那么听讲的效果可想而知。因此，在每次听讲之前一定要做好准备工作，即课前预习，对老师下节课将要讲的内容有一个大概的了解。这样才能更好地、有针对性地听讲，提高听课质量和效率。如何预习呢？可以认真阅读教材的有关章节和教材之外的相关文献，结合教学大纲的要求和老师的提示，抓住重点，深入理解。要首先学习教材的基本内容，把不能理解的问题和有异议之处列出来，等到听讲时特别注意，老师未讲到的，可以在课后向老师提问。

第二，要认真听课，记好笔记。一般而言，任课教师的课堂讲授信息量大，远远超出教材的范围，而且往往含有新鲜的案例和深入的分析，相比于单纯学习教材而言，具有生动活泼的优点，对于学习这门课程非常重要。在课堂上，老师对古今中外的各家观点、各种学说、各种理论，以及诉讼原则、制度和程序的分析与评介，辅之以鲜活的案例，有助于理解和消化教材中的知识，扩展知识面。一般而言，听讲是学习这门课程的基本方式，还可以通过听讲学习老师进行理论研究的方法，对进一步搞好自学即课外学习具有重要的指引作用。

第三，要学习现行刑事诉讼法律法规。学习“刑事诉讼法”这门课程的一个重要目的是实践运用，为将来从事实际工作做准备。为此，必须认真阅读现行的刑事诉讼法律条文，关注最新的立法发展。在学习中，要注意对相关法律法规内容的理解和掌握，做到准确、无误地理解和掌握法律规定的精神实质。要注重对《中华人民共和国刑事诉讼法》条文的理解，此外，还要了解有关国家机关对《刑事诉讼法》所作的法律解释，包括最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会《关于〈中华人民共和国刑事诉讼法〉实施中若干问题的规定》（1998年1月19日发布），最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》（1998年6月29日最高人民法院审判委员会第989次会议通过），《人民检察院刑事诉讼规则》（1998年

12 月 16 日最高人民检察院第九届检察委员会第二十一次会议修订），公安部关于《公安机关办理刑事案件程序规定》（1998 年 5 月 14 日）。还要对法治发达国家刑事诉讼法的规定有一定的了解。英美法系、大陆法系代表国家（地区）如英国、美国、法国、德国、意大利以及俄罗斯、日本和我国台湾地区在刑事诉讼法方面的发展也值得关注。两大法系主要国家（地区）刑事诉讼法的规定不尽相同，各有所长。但是，它们的刑事诉讼法时间长，立法相对完备，诉讼制度与程序相对成型。如大陆法系国家的刑事诉讼法典的条文数量多，通常达到四五百条甚至七八百条之多。当然，各国（地区）刑事诉讼法仍在不断发展变化之中。我国刑事诉讼基本原则、诉讼制度与程序尚有空白及需要进一步改革完善之处。比较研究各国刑事诉讼法的规定，有利于取长补短。学习刑事诉讼法，还不能忽略对联合国刑事司法准则的学习。联合国刑事司法准则是国际通行的规则。《世界人权公约》、《公民权利和政治权利国际公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格待遇或处罚公约》等确立的联合国刑事司法准则的制定与遵行，体现了人类发展和进步的共性要求。随着世界经济走向一体化，法律之间的相互影响、借鉴成为不可阻挡的潮流。虽然各国存在意识形态、社会制度上的差异，但是人类诉讼实践中共性的东西是可以互相借鉴的，应当以国际的眼光审视国际公约，履行国际义务，实现人类诉讼文明成果的共享。

第四，关注科研动态，阅读著作、论文。要想学好"刑事诉讼法"这门课程，不能满足于阅读教材和课堂听讲，还应当参考本学科领域公开发表的专著、论文进行学习，进一步扩展自己的知识面。可根据老师课堂上留的思考题，要求阅读的著作和论文，到图书馆借阅图书，或者到阅览室阅读期刊论文；也可以利用网络资源如中国期刊网进行学习。对近几年学术界研究中的一些热点问题，如沉默权、超期羁押、证人出庭作证、遏制刑讯逼供、检察制度改革、死刑复核等问题，应当予以关注。要学会独立思考，在此基础上，还可以尝试着进行写作，把自己的心得写出来，当作学术练笔。

第五，理论联系实际，到实务部门进行实习，了解司法实践。在学习中要注意理论联系实际。在进行知识学习的同时，根据需要和可能，旁听法庭审判，开展模拟法庭审判活动，分析和讨论典型案例，以增强对刑事诉讼的感性认识，提高分析和解决刑事诉讼实际问题的能力。还可以选择到律师事务所、公安机关、检察机关、法院实习，也可以进行实地调查活动，了解刑事诉讼法在实践运作中的情况，如了解犯罪嫌疑人的羁押情况、犯罪被害人的情况，等等。这样可以更好地理解法律。

第六，在学习"刑事诉讼法"这门课程时，需要处理好尊重现行法律和推动法律发展的关系。也就是说，既要给予现行法律应有的尊重，也要以发展的眼光审视、思考《刑事诉讼法》的规定。需要说明的是，新中国第一部刑事诉讼法典是 1979 年制定的，1996 年曾进行过重大修订，到了 2004 年，全国人大常委会再

次将刑事诉讼法的修改列入立法规划。这也说明，《刑事诉讼法》的修改完善，是一个持续进行的过程，不可能一蹴而就。特别应当看到的是，我国刑事诉讼法规定的制度和程序还较为原则、笼统，可操作性不够强，有些规定科学性不足，需要不断地改革、完善。近年来，刑事诉讼法的发展具有国际化、宪法化、司法化、诉讼化等趋势，需要很好地理解和把握。这就要求，在理解现行法律规定的同时，一定要培养和提高理性分析的能力，积极推动刑事诉讼法律的发展，为刑事法治的实现作出自己的努力。

推荐书目

1. 陈光中主编．刑事诉讼法学五十年．北京：警官教育出版社，1999

2. 陈卫东主编．刑事诉讼法实施问题调研报告．北京：中国方正出版社，2001

3. 陈卫东主编．刑事诉讼法实施问题对策研究．北京：中国方正出版社，2002

4. 陈卫东．程序正义之路．第1，2卷．北京：法律出版社，2005

5. 樊崇义主编．诉讼原理．北京：法律出版社，2003

6. 宋英辉主编．刑事诉讼原理．2版．北京：法律出版社，2007

7. 陈瑞华．刑事诉讼的中国模式．北京：法律出版社，2007

8. 陈卫东主编．刑事诉讼法资料汇编．北京：法律出版社，2005

9. 林钰雄．刑事诉讼法（上，下）．北京：中国人民大学出版社，2005

10. 陈光中主编．联合国刑事司法准则与中国刑事法制．北京：法律出版社，1998

11. 卞建林，刘玫主编．外国刑事诉讼法．北京：人民法院出版社，中国社会科学出版社，2002

12. [美] 爱伦·豪切斯泰勒·斯黛丽，南希·弗兰克．美国刑事法院诉讼程序．陈卫东，徐美君译．北京：中国人民大学出版社，2001

13. [英] 约翰·斯普莱克．英国刑事诉讼程序．徐美君译．北京：中国人民大学出版社，2005

14. [德] 托马斯·魏根特．德国刑事诉讼程序．岳礼玲，温小洁

译．北京：中国政法大学出版社，2004

15. [法] 卡斯东·斯特法尼等．法国刑事诉讼法精义．罗结珍译．北京：中国政法大学出版社，1998

16. [日] 松尾浩也．日本刑事诉讼法（上，下）．北京：中国人民大学出版社，2005

核心课系列 + 核心课教学参考书

法理学　宪法　中国法制史　刑法　刑法总论　刑法分论　民法　商法总论
商法　知识产权法　经济法　行政法与行政诉讼法　民事诉讼法　刑事诉讼法　国际法
国际私法　国际经济法　劳动与社会保障法　环境与资源保护法

选修课系列

物权法　合同法　侵权责任法　担保法　婚姻家庭法　公司法　证券法　保险法　票据法
海商法　破产法　企业和公司法　竞争法　金融法　税法原理　税法　房地产法　劳动法
社会保障法　环境法　国际贸易法　信息法　电子商务法　中国律师学　简明证据法学　法律文书写作　物证技术学
证据调查　仲裁法　国家赔偿法　法学概论　立法学　司法制度概论　比较法总论　法社会学　中国法律思想史
西方法律思想史　现代西方法学流派　外国法制史　外国宪法　外国民商法　外国刑法原理(大陆法系)
外国刑法各论(大陆法系)　英美刑法学　新编国际刑法学

案例分析系列

民法案例分析教程　刑法总则案例分析　刑法各论案例分析　商法案例分析　经济法案例分析　民事诉讼法案例分析
刑事诉讼法案例分析　行政法案例分析　知识产权法案例分析　国际经济法案例分析　外国宪法判例　劳动法案例分析
税法案例分析　世界贸易组织（WTO）案例分析　保险法案例分析　国际贸易法案例分析　电子商务法案例分析

双语教材系列

国际法学系列（中英文结合编写）

国际法　国际私法　国际贸易法　国际投资法　国际金融法　国际商事仲裁法　国际税法　海商法专论　国际刑法

英文原版影印 + 中文导读注释

国际公法（导读本）　冲突法（导读本）　美国侵权法（注释本）　合同法（导读本）　意外事故、赔偿及法律（导读本）
网络法（导读本）　法律伦理教程（导读本）

配套辅导用书系列

练习题集

法理学练习题集　宪法练习题集　中国法制史练习题集　刑法练习题集　民法练习题集　商法练习题集
知识产权法练习题集　经济法练习题集　行政法与行政诉讼法练习题集　民事诉讼法练习题集　刑事诉讼法练习题集　国际法练习题集
国际私法练习题集　国际经济法练习题集　合同法练习题集　公司证券法练习题集　税法练习题集
环境与资源保护法练习题集　婚姻家庭法练习题集

学生常用法律法规

学生常用法律法规：民事法律分册（①民法；②民事诉讼法）　学生常用法律法规：刑事法律分册（含刑法、刑事诉讼法）
学生常用法律法规：行政法律分册（含宪法、行政法）　学生常用法律法规：经济法律分册（含经济法、知识产权法）
学生常用法律法规：国际法律分册（含国际公法、国际私法）　学生常用法律法规：商事法律分册

本教材配套教学课件请登录以下网址下载使用：
○ 中国人民大学出版社网站：http://www.crup.cn/ 资源中心

策划编辑 郭　虹　邓碧君
责任编辑 游丽娜　龙毕敏　易玲波
装帧策划 徐力坚
封面设计 敬人书籍设计
版式设计 徐力坚　赵星华



ISBN 978-7-300-09948-4/D · 1919

定价：48.00元